Ricerche giuridiche

ISSN 2281-6100

Vol. 7 – Num. 2
Dicembre 2018

Edizioni
Ca'Foscari

e-ISSN 2281-6100

Ricerche giuridiche

Quaderni del Progetto Dottorale di Alta Formazione in Scienze Giuridiche e del Centro Studi Giuridici del Dipartimento di Economia dell'Università Ca' Foscari Venezia

Direttore
Alberto Urbani

Edizioni Ca' Foscari - Digital Publishing
Fondazione Università Ca' Foscari Venezia
Dorsoduro 3246, 30123 Venezia
URL https://edizionicafoscari.unive.it/it/edizioni4/riviste/ricerche-giuridiche/

Ricerche giuridiche
Rivista semestrale

Direzione scientifica Niccolò Abriani (Università di Firenze, Italia) Christian Armbrüster (Freie Universität Berlin, Deutschland) Luigi Benvenuti Carmelita Camardi Francesco Capriglione (Università Guglielmo Marconi, Roma, Italia) Marcello Clarich (Università Luiss «G. Carli» di Roma, Italia) Lorenzo De Angelis Nina Dietz Legind (Syddansk Universitet, Danmark) María Ángeles Egusquiza Balmaseda (Universidad Pública de Navarra, España) Antoine Lyon-Caen (Université Paris Ouest, France) Arturo Maresca («La Sapienza» Università di Roma, Italia) Fabrizio Marrella Roger McCormick (London School of Economics, UK) Paolo Montalenti (Università degli Studi di Torino, Italia) Christoph G. Paulus (Humboldt Universitat zu Berlin, Deutschland) Adalberto Perulli Johannes Michael Rainer (Universität Salzburg, Österreich) Masaki Sakuramoto (Tokyo University, Japan) Antonella Sciarrone Alibrandi (Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, Italia) Marco Sepe (Unitelma Sapienza Università di Roma, Italia) Alessandro Somma (Università di Ferrara, Italia) Tiziano Treu (Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, Italia) Alberto Urbani Giuseppe Vettori (Università degli Studi di Firenze, Italia) Giuseppe Vettori (Università degli Studi di Firenze, Italia) Manfred Weiss (Universität Frankfurt, Deutschland)

Direttore responsabile Alberto Urbani

Comitato editoriale e di redazione Vania Brino Francesca Burigo Valentina Cagnin Cristina De Benetti Sara De Vido Claudia Irti Mariella Lamicela Bianca Longo Marco Mancini Giuliana Martina Andrea Minto (Universiteit Utrecht, Nederland) Marco Olivi Andrea Pin Ilenia Rapisarda Roberto Senigaglia Gianluca Sicchiero Ilaria Supino (Università Luiss «G. Carli» di Roma, Italia) Marco Ticozzi Alessandra Zanardo Giuliano Zanchi Gaetano Zilio Grandi Andrea Zorzi (Università degli Studi di Firenze, Italia)

Comitato scientifico Fabio Addis (Università di Brescia, Italia) Mads Andenas (Universitetet i Oslo, Norge) Antonella Antonucci (Università di Bari «Aldo Moro», Italia) Florence Benoit-Rohmer (EIUC, Venezia, Italia) Elisabetta Bergamini (Università di Udine, Italia) Massimo Bianca (Università di Trieste, Italia) Elena Bindi (Università di Siena, Italia) Antonio Blandini (Università di Napoli «Federico II», Italia) Laura Calafà (Università di Verona, Italia) Enrico Camilleri (Università di Palermo, Italia) Maria Teresa Carinci (Università di Milano, Italia) Carlo Cester (Università di Padova, Italia) Nis Jul Clausen (Syddansk Universitet, Denmark) Paoloefisio Corrias (Università di Cagliari, Italia) Ciro G. Corvese (Università di Siena, Italia) Alessandro D'Adda (Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, Italia) Raffaele De Luca Tamajo (Università di Napoli «Federico II», Italia) Francesco De Santis (Università di Salerno, Italia) Riccardo Del Punta (Università di Firenze, Italia) Leonardo Di Brina (Università «Guglielmo Marconi», Italia) Giovanni Di Rosa (Università di Catania, Italia) Giuseppe Fauceglia (Università di Salerno, Italia) Leonardo Ferrara (Università di Firenze, Italia) Giuseppe Ferri jr. (Università di Roma Tor Vergata, Italia) Gianvito Giannelli (Università di Bari «Aldo Moro», Italia) Mauro Grondona (Università degli Studi di Genova, Italia) Delia La Rocca (Università di Catania, Italia) Valerio Lemma (Università «Guglielmo Marconi», Roma, Italia) Raffaele Lener (Università di Roma Tor Vergata, Italia) Michele Lobuono (Università di Bari «Aldo Moro», Italia) Pierpaolo Marano (Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, Italia) Alessandro Melchionda (Università di Trento, Italia) Cinzia Motti (Università di Foggia, Italia) Marco Olivetti (Libera Università Maria SS. Assunta, Roma, Italia) Ugo Patroni Griffi (Università di Bari «Aldo Moro», Italia) Paolo Patrono (Università di Verona, Italia) Andrea Pertici (Università di Pisa, Italia) Henry Peter (Université de Genéve, Suisse) Giuseppe Piperata (Università IUAV di Venezia, Italia) Andrea Pisaneschi (Università di Siena, Italia) Nicola Pisani (Università di Teramo, Italia) Dianora Poletti (Università di Pisa, Italia) Oreste Pollicino (Università Commerciale L. Bocconi, Milano, Italia) Nicola Rondinone (LIUC Università Cattaneo, Castellanza) Illa Sabbatelli (Università Telematica Internazionale Uninettuno, Italia) Riccardo Salomone (Università di Trento, Italia) Franco Scarpelli (Università di Milano-Bicocca, Italia) Martin Schauer (Universität Wien, Austria) Francesco Seatzu (Università di Cagliari, Italia) Laura Tebano (Università di Napoli «Federico II», Italia) Paolo Tosi (Università di Trento, Italia) Vincenzo Troiano (Università di Perugia, Italia) Fernando Valdés Dal-Ré (Universidad Complutense de Madrid, España) Francesco Vella (Università di Bologna, Italia) Michele Vellano (Università della Valle D'Aosta, Italia) Lorenzo Zoppoli (Università di Napoli «Federico II», Italia) Stefano Zunarelli (Università di Bologna, Italia) Ove non specificato, i nominativi indicati si intendono facenti riferimento, a vario titolo, all'Università Ca' Foscari Venezia, Italia

Direzione e redazione Dipartimento di Economia, Università Ca' Foscari Venezia San Giobbe - Cannaregio 873, Fondamenta San Giobbe, 30121 Venezia ricerchegiuridiche@unive.it

Valutazione dei contributi I contributi inviati alla rivista *Ricerche giuridiche* sono oggetto di esame da parte del Comitato scientifico per la valutazione secondo le seguenti regole:

1 La valutazione è prevista per tutti i contributi (articoli, saggi, lavori di workshop dottorali, commenti a sentenza, ecc.).

2 Il contributo ricevuto è trasmesso in forma anonima, a cura della Direzione scientifica, ad uno o più componenti del Comitato scientifico per la valutazione, affinché i medesimi formulino il proprio giudizio compilando in via telematica l'apposito questionario. Trascorso il termine di trenta giorni dalla ricezione senza che il valutatore designato abbia formulato il giudizio, il contributo si intende da questi approvato.

3 La valutazione è calibrata sul genere letterario del contributo, e quindi sulla diversa funzione del saggio, della rassegna di giurisprudenza, del commento a sentenza.

4 In presenza di pareri dissenzienti, la Direzione può assumersi la responsabilità scientifica di procedere comunque alla pubblicazione, ma con indicazione del parere contrario dei valutatori interpellati. Ove invece dalle valutazioni emerga un giudizio positivo condizionato (a revisione, integrazione o modifica), la Direzione scientifica promuove la pubblicazione del contributo solo a seguito del suo adeguamento alle indicazioni ricevute dai valutatori, assumendosi la responsabilità della verifica.

5 In ciascun fascicolo della rivista sarà indicato, in ordine alfabetico, l'elenco dei membri del Comitato scientifico per la valutazione che hanno effettuato dei contributi pubblicati.

6 La Direzione scientifica della Rivista si riserva la facoltà di valutare autonomamente i contributi di alti esponenti delle istituzioni e i supplementi che raccolgano gli atti di convegni.

Ricerche giuridiche
Vol. 7 – Num. 2 – Dicembre 2018

e-ISSN 2281-6100

Sommario

ATTI DEL CONVEGNO. LE CRISI BANCARIE DALLA PROSPETTIVA DEL DIRITTO PENALE

Relazioni

I rapporti tra la banca e le autorità di vigilanza nel nuovo contesto dell'Unione Bancaria
Alberto Urbani 121

La tutela penale delle autorità di vigilanza
Andrea Perini 137

Reati bancari e prova penale: uno sguardo dal processo
Andrea Battistuzzi 145

Banche: falso in bilancio, reato tributario ed infedeltà patrimoniale
Mario Garavoglia 153

Crisi delle banche e reati di riciclaggio ed autoriciclaggio
Luigi Ravagnan 165

Interventi

La confisca del profitto da reato nei casi di riciclaggio ed autoriciclaggio
Francesco Colaianni 173

URL http://edizionicafoscari.unive.it/it/edizioni4/riviste/ricerche-giuridiche/2018/2/
DOI http://doi.org/10.30687/Rg/2281-6100/2018/16

Responsabilità dal reato dell'Ente secondo il d.lgs. n. 231/2001
Giuseppe Galla 177

Profili di responsabilità non penale dell'organo di controllo della banca
Diego Manente 181

Crisi bancarie e sanzioni CONSOB
Alessandra Mereu 185

La competenza per territorio nel reato di ostacolo alle funzioni di vigilanza: brevi suggestioni
Nicola Zilio 189

Crisi bancarie, trasparenza ed usura bancaria
Paola Rava 195

Brevi note sulla disciplina delle crisi bancarie in Giappone
Masaki Sakuramoto 199

Ricerche giuridiche
Vol. 7 – Num. 2 – Dicembre 2018

e-ISSN 2281-6100

Abstract

This issue is entirely dedicated to the proceedings of the conference on Banking Crises from the Perspective of Criminal Law held in Venice on 28 September 2018 and organised by the Center for Criminal Tax Law in cooperation with the Department of Economics of Ca' Foscari University of Venice.
As the title of the conference tells, both reports and speeches are mainly dedicated to the in-depth study of criminal implications that can result from the crisis of a bank, but with the premise and integration of other contributions that rather develop some related aspects of economic law, commercial law or administrative law.

Keywords Bank. Banking supervision. Banking crises. Obstacle to supervisory functions. Stock manipulation. Money laundering. Self-laundering. Sanctions. Liability of bank officers. Banking crisis in Japan.

I contributi del presente fascicolo sono stati valutati da:
Nicola Pisani e Marco Sepe.

Atti del convegno
Le crisi bancarie dalla prospettiva
del diritto penale

Venezia, Aula Magna Silvio Trentin, Ca' Dolfin
28 settembre 2018

e-ISSN 2281-6100

Ricerche giuridiche
Vol. 7 – Num. 2– Dicembre 2018

Indirizzi di saluto

Alberto Urbani

Buonasera a tutti, benvenuti a Ca' Foscari e grazie per la vostra partecipazione a questo seminario pomeridiano in tema di crisi bancarie, argomento affrontato per lo più dalla specifica prospettiva del diritto penale.

Il programma è molto intenso, speriamo non eccessivamente ambizioso. Senza frapporre indugi do pertanto subito la parola alla Prof.ssa Monica Billio, direttrice del Dipartimento di Economia di questo Ateneo, per il primo indirizzo di saluto. Grazie.

Monica Billio

Buon pomeriggio a tutti. Il tema affrontato oggi è un tema "doloroso", tanto più se guardiamo alla nostra Regione, particolarmente colpita dalle crisi bancarie. Con il collega Alberto Urbani, in altre occasioni, abbiamo avuto modo di condividere esperienze e valutazioni su quello che è stato l'impatto di queste crisi nel territorio e nel tessuto economico della nostra gente, sia dal punto di vista dei soci, clienti ed investitori che da quello delle imprese coinvolte. Mi pare dunque molto opportuno discuterne come facciamo in questa sede, nel caso specifico dal particolare angolo visuale del diritto penale. Ringrazio pertanto il collega che ha voluto raccogliere la proposta che ci è venuta dal Centro di Diritto Penale tributario e tutti i relatori, sicura che ci verranno offerti interessanti spunti di riflessione. Grazie.

Alberto Urbani

Un gradito indirizzo di saluto anche da parte della Prof.ssa Carmelita Camardi, coordinatrice di un dottorato in Diritto, mercato e persona molto attivo da diversi anni qui a Ca' Foscari.

Carmelita Camardi

Buonasera e benvenuti a Ca' Foscari anche da parte mia. Ringrazio il collega Alberto Urbani e l'Avv. Luigi Ravagnan per avere contribuito a organizzare questo pomeriggio di studi. Mi associo alle parole della collega Monica Billio, con la quale condividiamo la preoccupazione costante di unire – come in un po' tutti, oggi, i dipartimenti universitari – i contenuti della nostra ricerca scientifica con le proposte didattiche. Il nostro Dipartimento di Economia, peraltro, è sempre particolarmente pronto ed attento a trarre spunti anche dall'attualità, in un dialogo che si conferma fecondo tra studi economici e studi giuridici.

Certamente la questione dell'attività bancaria, prima ancora che delle crisi bancarie, come pure dell'attività finanziaria in senso lato, è presentissima nei nostri interessi ed anzi rappresenta un filone che molto giustamente negli ultimi anni è stato incrementato con lungimiranza e con un necessario investimento di risorse da parte del Dipartimento. Abbiamo un corso di laurea magistrale in «Economia e finanza» che ha registrato, non a caso, un sensibile incremento di iscritti e che da qualche tempo offre anche un curriculum impartito anche in lingua inglese. Le materie giuridiche relative all'attività bancaria e finanziaria sono assai sviluppate e so che i colleghi le affrontano aula in quella maniera cui ho accennato poc'anzi, fornendo cioè dei contenuti didattici e scientifici non meramente funzionali all'apprendimento di dati, di norme, di regole e di regolamenti, ma anche funzionali alla comprensione della fase attuale.

A ciò il seminario odierno aggiunge, molto utilmente, la prospettiva del diritto penale, che purtroppo finora non ha potuto ricevere nel nostro Dipartimento un'attenzione pari a quella di altre discipline giuridiche più strettamente funzionali alla formazione di un economista colto.

Mi auguro che questo seminario fornisca un contenuto e risultati utili anche in termini di educazione finanziaria, da intendersi, più che come una materia formalizzata, come una delle necessarie e importanti missioni della nostra Università a vantaggio della città e del territorio nel quale siamo inseriti. Grazie ancora e buon lavoro.

Alberto Urbani

Il seminario di oggi è organizzato congiuntamente dalla nostra Università e dal Centro di Diritto Penale Tributario, anche e soprattutto grazie all'entusiasmo e alla determinazione dell'Avv. Luigi Ravagnan, che è qui accanto a me, che è la vera anima promotrice di questa iniziativa e che ringrazio.

I saluti quindi non possono che chiudersi con quelli del Presidente del Centro di Diritto Penale Tributario, l'Avv. Garavoglia.

Mario Garavoglia

Ringrazio e a mia volta porgo i saluti da parte della nostra associazione, il Centro di Diritto Penale Tributario, in particolare del nostro Presidente d'onore e fondatore del Centro, Prof. Ivo Caraccioli, oggi impedito ad essere con noi a Venezia a causa di altri suoi impegni inderogabili.

La nostra associazione fu costituita nel 1995 su un input della Commissione Europea. Ha per scopo precipuo lo studio del diritto penale tributario e il raffronto della normativa italiana con quella degli altri Paesi dell'Unione Europea. Organizziamo convegni, incontri di studio, seminari, in collaborazione con università, ordini professionali, Agenzia delle Entrate ed altri enti, sia italiani che di altri Paesi europei.

Siamo particolarmente contenti di essere oggi qui a Venezia, tanto più che ricordo come proprio nel '95, quando appunto fu costituito il Centro, il primo incontro di studi si tenne proprio in questa città.

Ringrazio quindi il Prof. Urbani, la Prof.ssa Billio e la Prof.ssa Camardi per avere raccolto la nostra proposta, nonché l'Avv. Ravagnan, coordinatore del nostro gruppo di studio per il Veneto. Colgo anzi l'occasione per far presente che il nostro Centro è strutturato in gruppi di studio su base regionale e che dei vari eventi che organizziamo è data notizia sul nostro sito. Saremo molto lieti se nuovi giovani studiosi vorranno aderire al Centro e partecipare alle iniziative attivate, sempre numerose anche in ragione dei continui cambiamenti che segnano le materie di nostro interesse. Auguro quindi buon lavoro a tutti e rinnovo i miei ringraziamenti.

Relazioni

e-ISSN 2281-6100

Ricerche giuridiche
Vol. 7 – Num. 2– Dicembre 2018

I rapporti tra la banca e le autorità di vigilanza nel nuovo contesto dell'Unione Bancaria

Alberto Urbani
Professore ordinario di Diritto dell'economia nell'Università Ca' Foscari Venezia

Sommario 1. Una breve premessa sul piano metodologico. – 2. La progressiva evoluzione dell'"ambiente normativo" di riferimento, sino al Testo unico bancario. – 3. (Segue) La c.d. Unione Bancaria… – 4. (Segue) …e i nuovi strumenti "a tutela anticipata" a disposizione delle Autorità di vigilanza per il governo delle crisi bancarie. – 5. Crisi bancarie e trasparenza amministrativa. – 6. Crisi bancarie e luoghi comuni dai quali guardarsi.

1 Una breve premessa sul piano metodologico

Ragionando insieme all'avv. Ravagnan sull'impostazione da dare a questo nostro seminario odierno, è parso opportuno premettere alle relazioni e agli interventi di diritto penale che seguiranno non tanto una vera e propria relazione, quanto piuttosto – e ben più modestamente – una panoramica di carattere generale sull'evoluzione che ha contrassegnato l'ordinamento del credito e della finanza negli ultimi decenni, con un *focus* particolare sulla disciplina delle crisi bancarie e sul ruolo che in questo contesto ricoprono le autorità di vigilanza (tralasciando invece per ovvie esigenze di sintesi quelle che oggi si chiamano "autorità di risoluzione"). La mia sarà pertanto una chiave di lettura tipicamente giuseconomica, e nello specifico una ricognizione sul piano della legislazione bancaria.

Mi sia prima consentita, però, una breve premessa di carattere metodologico. Da qualche tempo a questa parte è in atto un progres-

Edizioni Ca'Foscari

Open access
© 2018 | Creative Commons Attribution 4.0 International Public License

Citation Urbani, Alberto (2018). "I rapporti tra la banca e le autorità di vigilanza nel nuovo contesto dell'Unione Bancaria". *Ricerche giuridiche*, 7(2), 121-136.

DOI 10.30687/Rg/2281-6100/2018/02/001

sivo, ma evidente e nemmeno troppo lento, processo di autonomizzazione del diritto e della legislazione bancaria rispetto alle altre branche del diritto da cui si era soliti in passato considerare l'attività delle banche: ossia dalla triplice e distinta prospettiva del diritto commerciale (essendo la banca un'impresa), del diritto privato (poiché la sua operatività si esplica in primo luogo mediante lo strumento contrattuale), del diritto amministrativo (per i correlati profili di supervisione pubblica sul sistema bancario). È un orientamento che condivido: ritengo infatti che si stia rivelando sempre più sbagliato continuare ad applicare, in modo quasi automatico e talvolta persino acritico, le categorie del diritto comune quando ci si accosta alla materia bancaria. Occorre prendere atto, ad esempio, che anche (ma non solo) sulla spinta di innovazioni promosse a livello sovranazionale, la disciplina sulla *governance* delle banche si atteggia in maniera peculiare rispetto a quella di diritto comune, specifiche essendone a monte le finalità sottese; e lo stesso potremmo dire, sempre e solo per esemplificare, con riguardo alle obbligazioni emesse dalle imprese del settore. Detto altrimenti: è vero che il diritto dell'economia è fortemente tributario degli apporti che nel corso del tempo gli sono venuti e che continuano a venirgli dai tre ceppi nobili del diritto privato, del diritto commerciale e di quello amministrativo, ma un approccio corretto ed aggiornato a questa branca del sapere giuridico esige che se ne riconosca la piena maturità e la raggiunta autonomia disciplinare. Purtroppo invece, anche quando si discorre delle recenti crisi bancarie e – a monte e più in generale – dell'ordinamento del credito e della finanza, del rapporto tra autonomia imprenditoriale del banchiere e vincoli eteronomi a tutela del risparmio, o ancora sul ruolo e i sui poteri delle autorità di vigilanza, si assiste sovente alla tralatizia trasposizione di canoni ermeneutici e argomentativi ormai estranei all'attuale disciplina dell'attività delle banche, ampiamente superati da scelte di fondo che sia a livello sovranazionale sia, di riflesso, in ambito nazionale seguono sempre più spesso strade proprie.

2 La progressiva evoluzione dell'"ambiente normativo" di riferimento, sino al Testo unico bancario

Se in questa sede discutiamo di crisi bancarie certamente è anche perché – come ricordava in apertura la Prof.ssa Billio – negli ultimi tempi abbiamo dovuto assistere a più di una vicenda di questo tipo, non essendone rimasto affatto estraneo nemmeno il nostro territorio regionale. Mi sembra importante cercare di indagare le ragioni profonde che vi sono sottese, giacché sarebbe semplicistico e profondamente sbagliato limitarsi ad ascriverne la causa ad una sorta di improvvisa "epidemia" di *mala gestio* – mi si perdoni l'immagine – da

parte di esponenti di diverse banche, con le conseguenti ricadute anche sul piano della loro possibile responsabilità penale. Pur non essendo un penalista, mi azzardo a ritenere che un approfondimento come quello che mi propongo di offrire potrebbe risultare interessante anche per valutare i comportamenti tenuti dagli organi apicali delle banche cadute in dissesto nell'ottica del diritto penale, non essendo ad esempio da escludere *a priori* che i cambiamenti in atto nel sistema bancario, unitamente alla situazione economica generale che tutti conosciamo, possano avere in qualche modo ed in una certa misura influenzato l'elemento soggettivo dei reati contestati. Di qui l'utilità di ripercorrere, seppure a grandi linee, alcune tappe evolutive dell'ordinamento bancario italiano.

Orbene, schematizzando e sintetizzando al massimo, potremmo scandire l'ultimo mezzo secolo di storia della legislazione bancaria nazionale in tre fasi essenziali.

La prima, ovviamente più risalente nel tempo, affonda le sue radici nella legge bancaria degli ormai lontanissimi anni 1936-38. Ricordo brevemente che si trattò di una disciplina nata sulle ceneri della crisi del '29, sicché in quel contesto il legislatore trovò naturale porsi come obiettivo prioritario la stabilità delle banche; ne conseguì un modello di vigilanza che oggi ci siamo abituati a definire «strutturale», nel senso cioè che alle autorità di settore fu consentito di incidere con poteri particolarmente penetranti sulla struttura stessa del mercato del credito, iniziando dall'autorizzazione all'attività sino ad approdare alla gestione delle crisi.

Questa scelta di fondo, come ovvio, aveva una serie di riflessi. In particolare, la legge bancaria di quegli anni si caratterizzava per la sua particolare elasticità, dal momento che si limitava a delineare soltanto alcune regole di base lasciando poi alle autorità di vigilanza il compito di darvi attuazione e di declinarle sul piano concreto, senza preordinarle al perseguimento di specifiche finalità. Ne conseguiva una notevole discrezionalità di poteri di intervento. Dal canto loro, alle aziende ed istituti di credito era consentito esclusivamente di "fare le banche", ossia di dedicarsi soltanto all'intermediazione creditizia in senso stretto (raccolta del risparmio tra il pubblico e correlata concessione di finanziamenti) ma non anche di svolgere altre attività finanziarie, fatte salve talune ipotesi marginali. L'intento di preservare la stabilità del sistema indusse inoltre ad una marcata specializzazione degli intermediari sotto molteplici profili, inibendo altresì le commistioni tra banca e industria. A corollario, fu infine considerato necessario sacrificare in larga misura sull'altare della stabilità la promozione della concorrenza tra gli operatori.

Da almeno un quarto di secolo le cose sono tuttavia profondamente e rapidamente cambiate, sia per spinte che all'epoca si chiamavano ancora "comunitarie" sia però, al contempo, perché si avvertì l'esigenza di modernizzare il nostro sistema bancario nazionale e di

porre rimedio ad alcune sue peculiarità considerate distoniche tanto rispetto alle esperienze dei Paesi economicamente più avanzati quanto alla luce dei processi in atto di globalizzazione della finanza. Fu così che tra la fine degli anni '80 e l'inizio degli anni '90 venne intrapresa una stagione di riforme radicali ed assai incisive del nostro ordinamento del credito, che approdò come suo punto più qualificante al varo del Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia del 1993, sostitutivo della legislazione di oltre cinquant'anni prima, il quale costituisce a tutt'oggi la principale fonte normativa nazionale in quest'ambito per quanto a sua volta modificata a più riprese e, soprattutto, sempre più condizionata dalle scelte conseguenti all'avvento dell'Unione Bancaria di cui subito diremo.

Il Testo unico bancario ruota attorno ad alcune scelte di campo apertamente antitetiche rispetto a quelle che avevano caratterizzato la legislazione previgente. In primo luogo, viene oggi valorizzato il carattere imprenditoriale dell'attività bancaria, come si evince già dalla definizione di «banca» offerta dall'art. 1 t.u.b. Ne consegue che la dimensione concorrenziale dell'attività, che abbiamo visto essere rimasta precedentemente sullo sfondo per molti decenni, nell'attuale assetto normativo è stata viceversa portata in primo piano; per di più, ora le banche si trovano a competere non soltanto tra loro, ma anche con altre tipologie di intermediari che proprio a partire dagli ultimi decenni del secolo scorso si sono affacciate sul mercato, come ad esempio le imprese di investimento nelle loro molteplici manifestazioni e i fondi pensione, senza tralasciare i crescenti profili di contiguità con gli ambiti operativi di ulteriori soggetti da tempo presenti sulla scena, quali soprattutto le imprese di assicurazione. Il Testo unico bancario ha dovuto pertanto accompagnare questi fenomeni introducendo una norma, sostanzialmente sconosciuta all'assetto normativo precedente, che consente alle banche di affiancare allo svolgimento dell'attività bancaria strettamente intesa anche «*ogni altra attività finanziaria, secondo la disciplina propria di ciascuna*» (trascurando ora ai nostri fini le ulteriori possibili attività connesse e strumentali), come dispone l'art. 10, co. 3, t.u.b.: a livello domestico, risiede proprio in quest'ultima disposizione l'apertura al processo di finanziarizzazione dell'attività delle banche.

Di riflesso è radicalmente cambiato anche l'approccio di vigilanza, che da strutturale si è fatto «prudenziale»: le autorità, cioè, predeterminano alcuni requisiti e parametri tecnico-gestionali considerati propri del "bravo banchiere", una volta rispettati i quali – sto evidentemente ma inevitabilmente semplificando – l'autonomia del banchiere può esplicarsi in libertà; anzi, per alcuni versi, addirittura non è nemmeno importante o così rilevante *come* la singola banca arrivi a rispettare quel determinato coefficiente prudenziale, giacché il rispetto di tale coefficiente è considerato già in sé un presidio minimo adeguato a fronte di quello specifico profilo di rischio che si intende presidiare.

Quello da ultimo tratteggiato sembrava un approccio ordinamentale moderno, tanto efficiente quanto efficace, in grado di contemperare le dinamiche competitive dell'industria bancaria con le esigenze collettive di tutela del risparmio. Sennonché invece, come tutti sappiamo, questo convincimento diffuso si è infranto con asprezza contro la severa crisi economica globale esplosa nel 2008, aprendo così la strada alla terza ed ultima tappa del percorso evolutivo della legislazione bancaria di casa nostra che sto rapidamente ripercorrendo.

Al riguardo, credo occorra riconoscere con la dovuta onestà che, nel momento in cui la crisi iniziò a manifestarsi, la quasi totalità degli addetti ai lavori (non escluse le autorità di settore) commise un grave errore di valutazione, stimando una durata della situazione di difficoltà ben più breve di quella che in realtà si sarebbe prodotta. Ricordo ad esempio come, in occasione di un convegno tenutosi in Veneto intorno alla fine del 2009 tra gli esponenti apicali delle banche locali, alla domanda proposta da un questionario sul presumibile decorso della crisi soltanto un ridottissimo manipolo di "pessimisti", nel rispondervi, arrivò ad azzardare un periodo superiore a due anni, mostrando di temere scenari a tinte fosche ed assai preoccupanti se ciò fosse realmente accaduto: sappiamo come sono andate le cose in seguito.

Quest'ultima mi pare una constatazione tutt'altro che trascurabile dal punto di vista fattuale, qualora si voglia ricostruire sul piano della cronaca storica e comprendere in modo non superficiale lo spirito con il quale i vertici delle banche e delle stesse autorità di vigilanza affrontarono quegli anni, orientandone le scelte. In quel contesto, il sistema bancario fu proteso a sostenere quella che nel gergo comune viene chiamata "economia reale"; e ciò ancor più da parte delle banche cooperative, specie quelle locali e comunque non quotate, stante la cifra peculiare dell'intento da esse perseguito. Si tratta, a mio avviso, di un altro dato di cui tener conto per valutare con obbiettività ciò che sarebbe accaduto nel prosieguo.

In un quadro oggettivamente inedito e difficile, l'assetto generale della regolamentazione di vigilanza bancaria finì ben presto per mostrare impietosamente alcuni suoi gravi limiti, due dei quali più di altri mi paiono meritevoli di essere espressamente menzionati ai nostri fini. Il primo riguarda i cosiddetti effetti prociclici di taluni tra i più importanti coefficienti prudenziali, giacché per evidenti e condivisibili ragioni la regolamentazione tecnica di settore induce le banche ad erogare il credito preferibilmente ai clienti più sani: tuttavia, se da un lato ciò è coerente e funzionale agli obiettivi di sana e prudente gestione dell'azione di vigilanza e rappresenta uno stimolo positivo nelle fasi espansive del ciclo economico, dall'altro lato costringe viceversa gli intermediari a "stringere i cordoni della borsa", come sovente si usa dire, nel momento in cui l'economia reale comincia ad arrancare, finendo di tal modo per accentuare le diffi-

coltà dei soggetti finanziariamente più deboli. L'altro profilo di criticità, come prima accennato, attiene invece alla *governance* delle imprese bancarie, rivelatasi in allora inadeguata dal punto di vista normativo quanto meno sotto il profilo dell'insufficienza di contrappesi congrui di fronte alla posizione di preminenza e di sostanziale inamovibilità che il principio del voto capitario assicura(va) ai componenti degli organi di amministrazione e di controllo delle banche aventi forma cooperativa, unitamente al mancato riconoscimento alle autorità di vigilanza (sino a tempi recenti) di un potere di c.d. *removal*, al bisogno, degli stessi esponenti.

3 (Segue) La c.d. Unione Bancaria...

L'ordinamento – non solo quello nazionale – è dovuto pertanto correre ai ripari in tempi tutto sommato brevi, approdando così alla terza ed ultima tappa ideale del percorso evolutivo che stiamo ripercorrendo: l'Unione Bancaria, nei suoi tre pilastri costitutivi del meccanismo unico di vigilanza, del meccanismo unico di risoluzione (che ha portato ad una disciplina armonizzata delle crisi bancarie) ed infine del sistema accentrato di tutela dei depositi, quest'ultimo peraltro ancor oggi in via di costruzione.

Il nuovo assetto della vigilanza bancaria ha rappresentato una svolta epocale non tanto, se si vuole, sotto il profilo della regolamentazione in sé dell'attività dei soggetti vigilati, sì aggiornata ma al tempo stesso confermata nei suoi tratti caratterizzanti, quanto piuttosto sul piano concreto dell'approccio di vigilanza, giacché la "filiera" inevitabilmente più lunga che si è venuta a creare tra l'autorità responsabile prima della supervisione e l'intermediario vigilato (almeno per le banche e i gruppi bancari c.d. «significativi») ha portato ad una feconda integrazione tra le prassi di vigilanza fino a quel momento in uso nei vari Stati membri ma anche, talvolta e per certi versi, al rischio di un'applicazione tecnicistica più che tecnica della normativa di settore, stante la difficoltà di riuscire sempre a cogliere appieno, a distanza, le inevitabili peculiarità locali dei territori di elezione delle singole banche considerate.

In ogni caso, la situazione di crisi in essere non poteva certo essere fronteggiata unicamente riformando l'architettura generale dei controlli sugli intermediari finanziari e sui mercati. Ed infatti, in parallelo, si sono avuti i ben noti interventi c.d. "non convenzionali" della Banca Centrale Europea, che almeno nel biennio 2011-2012 si sostanziarono in operazioni di rifinanziamento a medio-lungo termine delle banche (c.d. *LTRO*) grazie alle quali il sistema per lo più sottoscrisse titoli di Stato, con il duplice positivo risultato di finanziare indirettamente i debiti sovrani e di consentire agli intermediari, tramite le cedole incassate, di alleggerire il carico delle perdite su cre-

diti pregresse. Per arrivare ad iniziative di concreto sostegno delle imprese non finanziarie si dovette comunque arrivare al programma di c.d. *quantitative easing* successivo, grosso modo a partire dal 2014, con operazioni non a caso denominate di *targeted LTRO* (*TLTRO*), ossia finalizzate a sovvenire la c.d. "economia reale", con esiti peraltro inferiori a quelli sperati.

Come accennato, ciò che invece non è sostanzialmente cambiata è la "filosofia" sottesa all'approccio di vigilanza prudenziale già in essere. Il punto è cruciale e merita di essere ribadito: una delle principali idee di fondo dell'attuale impianto regolamentare in ambito bancario è dato dalla centralità del patrimonio della banca (oggi, *rectius*: dei suoi fondi propri) come elemento di presidio di tutte le tipologie di rischio insite nello svolgimento dell'attività. In buona sostanza, maggiore è la rischiosità stimata di una data operazione, maggiore sarà la dotazione patrimoniale che sarà chiesto all'intermediario di "accantonare". Se si guarda al rischio di credito, ciò significa in particolare che il finanziamento concesso viene ponderato in relazione al *rating* attribuito a quel dato prenditore di fondi, nel senso che quanto più alto è il rischio tanto più la banca dovrà idealmente impegnare fondi propri.

Ne consegue, in tutta evidenza, che nelle fasi recessive del ciclo economico le banche possono trovarsi, per così dire, in debito di ossigeno, vedendosi cioè costrette ad un rafforzamento sul piano patrimoniale per far fronte all'accresciuto livello di rischio. Si spiegano in questo modo, dunque, sia le operazioni di aumento del capitale sociale deliberate dal ceto bancario su vasta scala, sia l'ampio ricorso all'emissione di obbligazioni subordinate, le quali seppure entro certi limiti sono computabili nei fondi propri delle banche. Ma trovano così motivazione anche quei finanziamenti che nel linguaggio comune vengono ormai comunemente chiamati "baciati" e che si sostanziano nell'erogazione di un credito finalizzato – il più delle volte solo in parte e quasi mai dichiaratamente – alla sottoscrizione da parte del cliente di azioni di nuova emissione della banca finanziatrice.

Non è certamente questa la sede per approfondire la delicata questione dell'applicabilità o meno alle banche popolari – talune delle quali, come a tutti noto, dolorosamente assurte all'onore delle cronache per aver fatto ricorso in modo spregiudicato ad operazioni "baciate" – del divieto di assistenza finanziaria per la sottoscrizione delle proprie azioni. Al riguardo mi limito unicamente ad osservare come l'evoluzione talvolta maldestra, nel corso del tempo, delle disposizioni che vengono in rilievo ha dato adito a delicate e pericolose incertezze e continua ancora ad alimentare un dibattito interpretativo tutt'altro che esaurito. Premesso, come noto, che sul piano penale è venuto meno l'effetto deterrente che poteva derivare dal vecchio testo dell'art. 2630 c.c., il quale nell'ambito di una norma assai articolata riguardante la «*violazione di obblighi incombenti agli amministratori*» richiama-

va, tra gli altri, l'art. 2358 c.c., i dubbi più rilevanti attengono proprio a quest'ultima disposizione, che è invece una prescrizione di stretto diritto societario. Il punto centrale è dato dal fatto che si tratta di una disposizione dettata per le società per azioni, sicché ci si chiede se essa trovi o meno applicazione anche con riguardo alle società cooperative, quali tutte erano all'epoca dei fatti le banche popolari in questione. L'incertezza è inoltre alimentata dalla circostanza che a seguito della riforma del diritto societario dello scorso decennio la disciplina generale delle società cooperative presenta oggi maggiori tratti di autonomia nei confronti di quella delle società per azioni, con la conseguenza che sia gli orientamenti espressi (o comunque di fatto tenuti) nel corso del tempo dalle autorità di vigilanza con riguardo alle c.d. operazioni "baciate" sia i comportamenti assunti dagli esponenti bancari devono essere contestualizzati tenendo presente l'evoluzione progressiva della disciplina societaria nel suo insieme. Siamo evidentemente di fronte a questioni ampie e complesse che non possiamo certo sviscerate ora, ma ancora una volta mi azzardo ad ipotizzarne il possibile interesse anche dal punto d'osservazione del diritto penale, ad esempio sotto il cennato profilo della valutazione dell'elemento soggettivo dei reati che si ritenesse di ipotizzare.

4 (Segue) ...e i nuovi strumenti "a tutela anticipata" a disposizione delle Autorità di vigilanza per il governo delle crisi bancarie

Il titolo del nostro convegno mi impone di volgere ora l'attenzione all'ambito più specifico della disciplina delle crisi bancarie.

Tutti sappiamo che l'ordinamento italiano, al pari di quelli degli altri paesi finanziariamente evoluti, conosce da tempo pressoché immemorabile una regolamentazione speciale delle crisi bancarie. Le vicende concrete che hanno riguardato alcune banche – italiane e non – dal 2008 in avanti ci hanno però impartito anche da questo punto di vista alcune severe lezioni, rendendo evidente l'inadeguatezza di quell'assetto regolamentare specie nei casi di situazioni di difficoltà non riguardanti singoli enti e destinate a rimanere isolate, bensì di matrice sistemica; l'attuale internazionalizzazione dell'attività bancaria, inoltre, rendeva (e rende) obsoleto, e quindi non più proponibile, un approccio parcellizzato a livello nazionale. Ciò è ovviamente ancor più apprezzabile se guardiamo alla realtà dell'Unione Europea e specialmente all'area dell'euro, giacché ad esempio la consistente attività transnazionale che caratterizza tutti i "campioni del credito" del nostro continente impone risposte comuni tra tutti gli Stati membri, coerentemente del resto con la raggiunta armonizzazione della legislazione applicabile alle banche "sane".

Nel contempo, a partire dagli stessi anni si è dovuto prendere at-

to che da determinate crisi bancarie – o perché riguardanti imprese, di fatto, *too big to fail*, o perché maturate e poi esplose in una situazione economica complessiva già di forte tensione, o ancora per le ricadute potenzialmente devastanti sul tessuto sociale e produttivo dei territori di operatività di queste banche che sarebbe derivato da un loro *dafault* – si poteva sostanzialmente uscire soltanto grazie a sostegni pubblici di rilevante entità. A conferma di quanto stiamo dicendo, basti ricordare ad esempio che nel quinquennio tra il 2008 e il 2012 l'Unione Europea approvò aiuti di vario genere al sistema bancario per un importo complessivo intorno ai cinquemila miliardi di euro (si noti: si tratta di interventi *approvati*, il che non significa pertanto che tutti quei fondi siano poi stati effettivamente impiegati): sono dunque cifre assai ingenti, talvolta impiegate nella ricapitalizzazione diretta delle banche ma molto più spesso messe a disposizione del sistema sotto forma di concessione di garanzia, di sostegno agli *assets* deteriorati, di interventi a protezione della liquidità.

Ho accennato all'insufficienza e all'inadeguatezza di taluni degli strumenti che per decenni le autorità di settore hanno utilizzato con notevole frequenza per risolvere le situazioni di difficoltà delle banche. Una riprova esemplare si ha se si pensa alla cessione dell'azienda bancaria, di rami d'azienda o di beni e rapporti giuridici individuabili in blocco: anche quanto è accaduto di recente ci ha dimostrato come per svariate ragioni gli sportelli bancari siano oggi sempre meno appetibili, in primo luogo perché il processo di digitalizzazione che coinvolge anche il modo di operare delle banche (e, con loro, quello della clientela) implica una radicale trasformazione del mercato del credito, nel quale la virtualità ha un peso crescente a spese dell'insediamento in presenza.

Quanto stiamo dicendo ci aiuta a comprendere come i dilemmi che da sempre si pongono al verificarsi di una crisi bancaria da un lato continuino a proporsi anche in un contesto generale profondamente cambiato, ma dall'altro risultano oggi acuiti sia per le dimensioni raggiunte da taluni intermediari, sia per l'attività sempre più complessa ed articolata che li caratterizza, sia in conseguenza dell'integrazione tra i mercati in cui essi operano. Non viene certamente meno, soprattutto, l'alternativa tra il riverbero degli effetti negativi della crisi sul ceto creditorio (che nel caso di una banca sono soprattutto i depositanti e gli obbligazionisti), al pari di tutte le altre imprese che divengono insolventi, ovvero l'intervento pubblico a sostegno dell'ente in difficoltà e/o a copertura delle perdite subite; un'alternativa che tale per vero non è, essendo possibile, oltre che non così infrequente, anche una combinazione dei due approcci.

Non va d'altronde trascurato che tali scelte devono essere assunte in un contesto normativo generale che, come abbiamo visto, è profondamente diverso da quello anteriore all'entrata in vigore del Testo unico bancario, dal momento che la valorizzazione dell'auto-

nomia imprenditoriale della banca e delle dinamiche concorrenziali del mercato incidono sul ruolo e sui poteri delle autorità di vigilanza, e dunque anche sul loro modo di rapportarsi con le banche. Certo, nell'attingere al ricco armamentario di strumenti a disposizione per il governo della crisi le autorità conservano margini abbastanza ampi di discrezionalità, ma si tratta beninteso di una discrezionalità *tecnica*, che non può certo tradursi in arbitrio.

Non va mai dimenticato, a questo riguardo, che le autorità di vigilanza sono vincolate nelle finalità che perseguono, tant'è che l'art. 5 t.u.b. che le elenca – disposizione particolarmente innovativa quando venne introdotta e di palese rottura con il passato – è stata considerata da subito la "meta-norma" dell'intero ordinamento del credito. È interessante osservare come tra queste finalità non figuri, almeno in prima battuta, la tutela del cliente – o, se si preferisce, del solo risparmiatore – che viene invece evocata, ma soltanto a partire dal 2010, in un articolo successivo, il 127, inscritto tuttavia nel quadro specifico delle prescrizioni in materia di trasparenza bancaria. D'altra parte, come risulta chiaramente se si leggono i lavori preparatori al Testo unico, le stesse norme di trasparenza furono inserite nel d.lgs. n. 385/1993 non tanto in un'ottica di protezione della clientela delle banche, bensì in chiave proconcorrenziale: se le condizioni contrattuali sono trasparenti, si argomentò, i clienti (o i potenziali clienti) possono informarsi, possono comparare tali condizioni, e tutto ciò favorisce la concorrenza, indicata invece sin dall'inizio tra gli obiettivi fondamentali del Testo unico. Si tratta – è bene sottolineare anche questo – di un approccio diverso da quello seguito sia dal Testo unico della finanza successivo a quello bancario di soli cinque anni, sia anche dal codice delle assicurazioni private ancora posteriore, sulla scorta di argomentazioni e con conseguenze che non ci è consentito approfondire in questa sede.

Se le «*finalità della vigilanza*» vengono dunque ravvisate, puntualmente, nella «*sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, [nella] stabilità complessiva, [nell']efficienza e [nella] competitività del sistema finanziario nonché [nell']osservanza delle disposizioni in materia creditizia*», è allora evidente che le autorità di settore non sono e non possono essere viste come una sorta di organo di controllo in seno all'ente che si affianca a quello interno previsto per ogni singola banca e al soggetto incaricato della revisione legale dei conti. La vigilanza sull'attività delle banche rappresenta sì un insieme di strumenti che persegue la tutela del risparmio, come ci ricorda indirettamente l'art. 47 della nostra Carta Costituzionale, ma ciò non può in alcun modo tradursi in una sorta di copertura assicurativa pubblica contro il rischio d'impresa degli intermediari creditizi: il rischio bancario è rischio *delle banche*, anche nel caso di situazioni di *mala gestio* da parte dei loro esponenti aziendali. Ne consegue – ovviamente senza entrare nel merito di singole vicende – che sul piano giuridico è francamente assai discutibile evocare assunte responsabilità delle

autorità di supervisione, come invece non di rado capita di sentire: volendo ricorrere ad un paragone, se una persona viaggia a 300 chilometri all'ora in autostrada e a quella velocità causa un grave incidente, la colpa non può certamente essere ascritta alla Polizia Stradale per non aver messo in funzione un numero adeguato di *autovelox*.

D'altro canto, se si volge l'attenzione all'ambito specifico dei poteri di vigilanza in materia di *governance* delle banche è facile avvedersi di come le relative norme attributive, che peraltro le autorità di settore di casa nostra andavano invocando da tempo, siano in molti casi di recente introduzione: si pensi soprattutto a quella che consente ora la rimozione degli esponenti aziendali (c.d. *removal*), potere riconosciuto alla Banca d'Italia soltanto nel maggio del 2015 in attuazione della c.d. CRD4 e da questa prontamente esercitato in una delle vicende che tutti conosciamo, purtroppo però senza ottenere i risultati sperati stante la situazione di ormai avanzato deterioramento della banca in questione.

Ancora, non è privo di rilevanza che l'Unione Bancaria abbia preso concreto avvio non in una fase di espansione economica e di mercati finanziari in tranquilla progressione, situazione questa che avrebbe consentito una assimilazione e una integrazione graduali da parte della BCE delle prassi di vigilanza in essere nei singoli Stati aderenti, bensì, come si è detto, in un contesto di particolare turbolenza, sicché le naturali difficoltà tipiche dei momenti iniziali di qualsivoglia nuova esperienza normativa si sono dovute confrontare da subito con l'esigenza di decisioni delicate e al tempo stesso impellenti.

La complessa articolazione sia degli strumenti predisposti per governare una crisi bancaria sia delle autorità chiamate a selezionarli per avvalersene non agevola di certo la tempestività degli interventi. Quanto ai primi, è noto che il legislatore europeo ha optato per un *mix* articolato di misure di prevenzione, di c.d. intervento precoce e di c.d. *resolution tools*, anche se l'attenzione dei non addetti ai lavori è stata attratta per lo più da questi ultimi (comprendenti, oltre alla ben nota cessione di attività e di passività, la costituzione di enti ponte, di *bad banks* e il tanto temuto *bail-in*). Relativamente invece alla pluralità di pubblici poteri coinvolti nelle decisioni, occorre fare i conti non solo con le interlocuzioni tra la Banca Centrale Europea e le autorità di vigilanza nazionali interessate, ma anche con la voluta diarchia tra autorità di vigilanza e autorità di risoluzione, senza tralasciare che le decisioni da assumere possono implicare valutazioni altresì dal punto di vista della legislazione a tutela della concorrenza e quindi richiedere il concorso decisionale di ulteriori soggetti, nazionali o sovranazionali che siano. Per averne una conferma concreta basta tornare rapidamente con la memoria a quanto accaduto nel nostro Paese prima con la vicenda Ter.Cas. e poi, seppure in una prospettiva affatto diversa, con riguardo alle due banche popolari venete.

Le autorità competenti, dunque (che come si è appena detto non

sono soltanto quelle di vigilanza e quelle di risoluzione), sono chiamate a decisioni non facili. A monte, certo, il legislatore europeo ha compiuto alcune scelte di fondo, che sono di politica del diritto prima ancora che giuridiche in senso stretto. Così, ad esempio, la BRRD (ossia la direttiva 2014/59/UE che ha armonizzato la disciplina delle crisi bancarie nel contesto della *Banking Union*), relegando sostanzialmente ai margini soluzioni di c.d. *bail-out*, ha stabilito che gli effetti negativi di una crisi devono essere sopportati *in primis* dagli azionisti e a seguire dai creditori, secondo un preciso ordine di priorità che ricalca (almeno nel principio che vi è sotteso) quanto accade in una procedura di insolvenza di una comune impresa; o ancora, ha prescritto che in caso di «risoluzione» (discutibile traduzione letterale dell'inglese *resolution*) nessun creditore della banca possa essere chiamato a patire delle perdite più ingenti di quelle che avrebbe sostenuto qualora invece la banca fosse stata posta in liquidazione. Per il resto, però, le determinazioni concrete gravano sulle autorità, al più orientate in questo dalla stella polare dell'interesse pubblico alla tutela della stabilità finanziaria (si osservi: non di quella del singolo ente creditizio), altro criterio riveniente dalla stessa direttiva (se ne leggano ad es. il 13° o il 29° *considerando*).

5 Crisi bancarie e trasparenza amministrativa

Il tempo scorre e mi devo avviare verso la conclusione, non prima però di avere almeno accennato ad un ultimo punto che mi pare tanto importante quanto spinoso, quello cioè del grado di trasparenza amministrativa nei confronti dei terzi cui sono tenute le autorità di settore al manifestarsi di una crisi bancaria.

Il Testo unico bancario, in termini generali e non dunque con specifico riferimento alle situazioni di crisi, all'art. 4 contiene da sempre un richiamo espresso alle disposizioni della legge sulla trasparenza amministrativa 7 agosto 1990, n. 241, pur precisando a chiare lettere che tale rinvio opera nei limiti della compatibilità, compatibilità – è sottinteso – da intendersi riferita alle finalità proprie della vigilanza bancaria. Al tempo stesso, però, l'art. 7 t.u.b. impone alla Banca d'Italia il rigoroso rispetto del segreto d'ufficio, temperato unicamente da eccezioni dettagliatamente disciplinate dalla stessa disposizione e fondate su esigenze di collaborazione con altre autorità di vigilanza del settore finanziario o con l'autorità giudiziaria in relazione a possibili violazioni di norme penali.

In questo quadro nazionale di fondo si è tuttavia recentemente innestato un elemento di novità, giacché il 13° *considerando* della BRRD (lo stesso che ho poc'anzi citato a tutt'altri fini) ammette interferenze con i diritti degli azionisti e dei creditori nei limiti in cui queste non si pongano in contrasto con la Carta dei Diritti Fonda-

mentali dell'Unione Europea, la quale a sua volta, all'art. 42, prevede un diritto delle persone fisiche e di quelle che risiedano o abbiano sede legale in uno Stato membro di accedere ai documenti dei principali organi dell'Unione.

Orbene, in materia sta suscitando un certo scalpore una recentissima sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (causa C-594/2016), datata 13 settembre e della quale al momento si conosce soltanto il dispositivo mentre non ne sono ancora note le motivazioni, che prende le mosse da un caso che ha riguardato proprio il nostro Paese. In relazione alla procedura di liquidazione coatta amministrativa disposta nei confronti di Banca Network Investimenti, infatti, un correntista aveva chiesto alla Banca d'Italia di accedere alle relative informazioni di vigilanza per valutare l'opportunità di agire nei confronti della stessa Autorità; la Banca d'Italia aveva però negato l'accesso ai documenti, inducendo di conseguenza il cliente dapprima a presentare un ricorso al TAR, da questo rigettato, e in un secondo momento a rivolgersi al Consiglio di Stato, il quale invece aveva rimesso in via pregiudiziale la questione alla Corte di Giustizia. Di qui la sentenza in questione, che proprio richiamando la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea ha ritenuto che nulla osti alla divulgazione da parte delle autorità competenti degli Stati membri di informazioni riservate ad una persona che ne faccia richiesta per poter avviare un procedimento civile finalizzato alla tutela di interessi patrimoniali che questa assume siano stati lesi a seguito della sottoposizione della banca a liquidazione coatta amministrativa.

Per una valutazione approfondita della decisione occorre sicuramente attenderne le motivazioni. Di primo acchito, mi sia tuttavia consentito esprimere al riguardo qualche riserva, dal momento che pur essendo intuibili gli obiettivi di fondo che probabilmente lo animano, il provvedimento mi sembrerebbe discostarsi da una lettura fedele dell'art. 53, par. 1, della c.d. CRD4 (direttiva 2013/36/UE), cioè proprio dal dato testuale della norma oggetto di interpretazione da parte dei Giudici di Lussemburgo e che a questo punto vale la pena di rileggere insieme: «*nei casi concernenti un ente creditizio dichiarato fallito o soggetto a liquidazione coatta ordinata da un tribunale, le informazioni riservate che non riguardino i terzi coinvolti in tentativi di salvataggio possono essere comunicate nell'ambito di procedimenti civili o commerciali*». Nella sentenza in questione mi pare di ravvisare, per così dire, una duplice operazione di ortopedia della norma, che la piega cioè ad una lettura che, da un lato, trascura come nel nostro ordinamento nazionale la liquidazione coatta sia chiamata «amministrativa» proprio perché *non* ordinata da un tribunale e che, dall'altro, sovrappone la comunicazione «nell'ambito» di procedimenti giudiziari con quella soltanto funzionale ad un loro possibile avvio.

Come dicevo, il punto richiederà approfondimenti ulteriori.

6 Crisi bancarie e luoghi comuni dai quali guardarsi

Da tutto quanto precede emerge dunque, in conclusione, un quadro assai composito, che ci dovrebbe indurre a rifuggire dai tanti luoghi comuni che invece mi sembrano purtroppo costellare, da più parti, commenti e prese di posizione, sino ad arrivare addirittura a condizionare talune scelte sul piano concreto.

Ciò vale in primo luogo per lo stesso legislatore. Strumenti come il *bail-in*, ad esempio, presuppongono un cliente bancario consapevole, informato, preparato: ma quanto tutto ciò corrisponde davvero alla realtà, tanto più se guardiamo al nostro contesto nazionale? Quanti sono gli investitori in grado di cogliere il diverso profilo di rischio che distingue un'azione di una società quotata da un'azione di una società chiusa, un'azione da un'obbligazione, un'obbligazione comune da un'obbligazione subordinata? Anche il legislatore, a partire da quello europeo, sembra talvolta procedere per petizioni di principio che ignorano il mondo reale, in questo caso trascurando quanto meno che il livello di educazione finanziaria non è lo stesso in tutti i Paesi dell'Unione Europea e all'interno dei singoli Stati membri. O ancora, e per converso, questa volta guardando invece alle vicende italiane: come si può trascurare che meccanismi risarcitori sostanzialmente a pioggia del tipo di quelli di cui si sta ragionando in queste ore a ristoro dei c.d. "risparmiatori traditi", pur sorretti da intenzioni lodevoli, finiscono inevitabilmente anche per alimentare forme di azzardo morale (magari anche soltanto inconsapevole) e dunque di sostanziale deresponsabilizzazione, nel convincimento che in un modo o nell'altro gli effetti negativi di una crisi bancaria continueranno ad essere sopportati dalla collettività? Eppure si sa quanto il rischio del *moral hazard* sia di rilevanza centrale nel mondo della finanza, sia da parte dei singoli risparmiatori o investitori sia ancor più da parte degli intermediari coinvolti e dei loro esponenti. Da ultimo: in un'ottica di sistema, ma senza con questo intendere frustrare le legittime aspirazioni d'ordine risarcitorio dei soggetti danneggiati da un dissesto bancario, occorre interrogarsi sui possibili riflessi che azioni legali nei confronti di cessionari di attività o passività di banche in crisi se non delle stesse autorità di vigilanza potrebbero produrre in futuro sul piano della disponibilità delle banche sane a farsi carico di soluzioni di mercato delle crisi di soggetti che appartengono al loro stesso ceto e di quella delle autorità a continuare a governare in prima linea tali situazioni di crisi, non di rado incandescenti in termini sociali prima ancora che economici. Probabilmente non del tutto a torto, sotto quest'ultimo punto di vista qualche voce dottrinale autorevole ha adombrato il sospetto che la scelta della riforma del 2016 di far convergere tutte le banche di credito cooperativo in gruppi bancari cooperativi, con l'effetto di portarle sotto la vigilanza diretta della BCE, possa spiegarsi *anche* con l'intento pro-

mosso dalle stesse autorità di vigilanza nazionali e fatto proprio dal legislatore domestico di non dovere gestire più in via diretta e di prossimità possibili nuove situazioni di crisi di banche nella quasi totalità di piccole o al più medie dimensioni.

Come si è visto, nel corso del tempo molta strada è stata compiuta, molte cose sono cambiate; molta altra strada resta però ancora da percorrere, a partire da una necessaria operazione di revisione critica degli obiettivi e delle intenzioni da parte di tutti gli attori coinvolti a vario titolo in una crisi bancaria. In un contesto universitario come quello che ci riunisce oggi per questo convegno, mi sembra tuttavia doveroso chiudere soprattutto con un richiamo al ruolo strategico che l'educazione finanziaria è chiamata ad assolvere anche in chiave preventiva degli effetti della crisi di una banca sul vasto pubblico: tra le tante lezioni che le vicende di questi ultimi tempi ci hanno impartito (o forse dovrei dire: costretti a ripassare), una delle più rilevanti è che nel mondo della finanza l'*ignorantia legis* (ma, per vero, non soltanto *legis*) *non excusat* affatto, ma fa anzi pagare un conto assai salato. Tutti – legislatore, autorità di settore, scuola ed università, intermediari, professionisti, enti ed associazioni, ma anche clienti e semplici cittadini – dovremmo premurarci di non dimenticarla rapidamente, ciascuno per quanto gli può competere, se è vero che la consapevolezza è una delle migliori assicurazioni contro i danni che possono derivare dalla crisi di un intermediario bancario, ma al tempo stesso, e più in generale, è un investimento destinato molto probabilmente a non rimanere infruttuoso.

e-ISSN 2281-6100

e-ISSN 2281-6100

Ricerche giuridiche
Vol. 7 – Num. 2– Dicembre 2018

La tutela penale delle autorità di vigilanza

Andrea Perini
Professore associato di Diritto penale commerciale nell'Università di Torino
e dottore commercialista

Oggi la tutela penale delle funzioni di vigilanza è disciplinata dall'articolo 2638 c.c.: si noti come già la collocazione topografica di tale disciplina susciti un particolare interesse, dal momento che non risulta essere contenuta né nel Testo unico bancario né in quello della finanza, bensì unicamente all'interno del codice civile.

Ciò in quanto il legislatore del 2002 si è posto come fine ultimo quello di unificare in un'unica ipotesi (racchiusa nell'art. 2638 c.c., che originariamente prevedeva una pena massima di quattro anni) tutta una serie di fattispecie volte alla tutela delle diverse autorità di vigilanza le quali al tempo risultavano disseminate nella legislazione complementare.

Nonostante il tentativo di accentramento posto in essere dal legislatore del 2002, tale processo si rivelò vano: infatti, oggi accanto all'art. 2638 c.c. vi sono almeno altre quattro norme anch'esse volte alla tutela dell'attività di vigilanza.

Per prima, si fa riferimento all'art. 170-*bis* t.u.f., che prevede la reclusione fino a due anni per chiunque ostacoli le funzioni di vigilanza attribuite alla Consob o alla Banca d'Italia fuori dai casi previsti dall'art. 2638 c.c..

Inoltre, sempre all'interno del Testo unico della finanza, l'art. 187-*quinquiesdecies* prevede sanzioni amministrative per chiunque non ottemperi nei termini previsti alle richieste della Banca d'Italia e della Consob, non cooperi con le stesse al fine dell'espletamento delle relative funzioni di vigilanza o, infine, ritardi l'esercizio delle stesse.

Edizioni Ca'Foscari

Open access
© 2018 | Creative Commons Attribution 4.0 International Public License

Citation Perini, Andrea (2018). "La tutela penale delle autorità di vigilanza". *Ricerche giuridiche*, 7(2), 137-144.

DOI 10.30687/Rg/2281-6100/2018/02/002

Da ultime, vi sono altre due norme: una prevista dal codice delle Assicurazioni ed un'altra dalla normativa in materia di fondi pensione.

Si noti che tutte le norme appena citate trovano applicazione esclusivamente fuori dai casi previsti dall'art. 2638 c.c., quasi a specificare che debba essere proprio quest'ultimo articolo a punire i casi più gravi di ostacolo alle funzioni di vigilanza.

In realtà, come emergerà nel prosieguo, la dottrina lamenta una capacità espansiva dell'art. 2638 c.c. tale da rendere difficile prevedere quelle che potranno essere le sue potenzialità applicative.

La riforma del 2002 vide sostanzialmente lo smantellamento delle false comunicazioni sociali, motivo per il quale fu molto criticata, tant'è che nel 2015 il legislatore intervenne nuovamente riformulando la fattispecie di cui all'art. 2621 c.c.

Certamente, tra i pochi elementi positivi della riforma del 2002 vi fu il tentativo di accorpare tutte le norme a tutela delle autorità di vigilanza sotto l'art. 2638 c.c. e con la previsione di una pena che comunque aveva una sua significatività.

Andando a ritroso nel tempo, si pensi che negli anni '70 (più precisamente, nel 1974), quando venne costituita la Consob, la tutela operata dalla medesima era assicurata esclusivamente da norme contravvenzionali (l. 7 giugno 1974, n. 216, art. 3, co. 2 ed art. 5-*quinquies*) e la trasmissione di documenti falsi alla Consob, ad esempio, era punita in misura quasi bagatellare. In modo del tutto singolare, all'epoca era punito molto più severamente il fatto di ostacolare le attività di vigilanza svolte dagli organismi interni della società (ad esempio: la società di revisione o il collegio sindacale) ed, infatti, il "vecchio" art. 2623, n. 3, c.c. prevedeva una pena da sei mesi a tre anni.

Oggi vi è stato un vero e proprio rovesciamento di tale prospettiva: infatti, la tutela interna delle società in generale, ed in particolare nelle banche, è sanzionata in modo molto meno severo dall'art. 2625 c.c. Quest'ultimo prevede solamente una sanzione di tipo amministrativo, a meno che dall'ostacolo alle funzioni di vigilanza non ne derivi un danno ai soci. In quest'ultima ipotesi la pena massima è pari ad un anno, eventualmente due se si tratta di società quotate.

Dunque, il raffronto effettuato tra la disciplina degli anni '70 e quella attualmente in vigore fa emergere chiaramente il totale rovesciamento della prospettiva in principio adottata: prima più rigorosa nei confronti della tutela delle attività di controllo interno delle società, oggi, al contrario, più indirizzata alla salvaguardia delle attività svolte dagli organismi di vigilanza pubblici.

Forse, questa inversione di rotta trova una sua giustificazione nel fatto che un tempo si riponeva maggiore fiducia nei controlli interni che oggi, al contrario, in questo ambito sembrano assumere invece un ruolo marginale.

Da ultimo, il legislatore del 2005 intervenne con una disciplina volta all'inasprimento dei fenomeni di frode ai danni del risparmio

raddoppiando la pena massima e mostrando in tal modo maggiore sensibilità rispetto al passato relativamente alla tutela delle attività di vigilanza.

Infatti, il terzo comma dell'art. 2638 c.c. stabilisce che la pena è raddoppiata laddove si tratti di società emittente di titoli quotati, senza però far alcun cenno alle banche.

Alla luce di tale inasprimento legislativo, carente di qualsivoglia riferimento agli istituti bancari, potrebbe accadere che la medesima fattispecie di reato dia origine a due pene radicalmente diverse. Infatti, se la banca è emittente titoli quotati in mercati regolamentati ricade nell'art. 2638, co. 3, c.c. e, dunque, la fattispecie potrebbe comportare il raddoppio della pena; se, invece, la banca non risulta essere quotata, permane la pena massima di quattro anni, pena comunque già severa se parametrata alle altre norme penali previste nel codice civile.

Proseguendo il tema attuale della tutela delle funzioni di vigilanza, da una prima lettura dell'art. 2638 c.c. è chiaro come la norma individui nel "risparmio" il bene finale da tutelare (ossia il bene giuridico primario). Ciò in modo estremamente anticipato, focalizzando l'attenzione su quanto deve compiere l'autorità di vigilanza, nel caso specifico la Banca d'Italia, e su quanto accade se quell'attività viene ostacolata.

Tuttavia il bene giuridico intermedio direttamente tutelato è la funzione di vigilanza, ossia la possibilità che le *authorities* possano dispiegare in modo efficace i loro compiti.

In particolare, l'art. 2638 c.c. prevede due fattispecie incriminatrici: una al primo comma, che punisce il mendacio rivolto all'autorità di vigilanza quando questo abbia la finalità di ostacolarne l'attività; l'altra, al secondo comma, di portata probabilmente residuale, che persegue qualsiasi condotta, anche di omissione di comunicazioni dovute alle predette autorità, che abbia come risultato quello di realizzare un ostacolo alle funzioni di vigilanza.

Ne deriva una prima osservazione: i penalisti con riferimento al secondo comma dell'art. 2638 c.c. parlano di reati causali. Con ciò si intende la specifica tecnica normativa volutamente utilizzata dal legislatore al fine di tutelare in modo pieno un bene giuridico ritenuto di importanza fondamentale.

In altre parole, il prima comma punisce il mendacio finalizzato ad ostacolare l'attività di vigilanza (bene giuridico primario), il secondo, invece, qualsiasi condotta che abbia come effetto quello di realizzare questo ostacolo (bene giuridico intermedio).

È chiaro che il legislatore, con questa norma, intende tutelare la funzione di vigilanza a tutto tondo: qualunque sia il modo in cui il soggetto pregiudichi tale attività, sarà in ogni caso sanzionato penalmente.

Più nel dettaglio, il primo comma dell'art. 2638 c.c. tipizza qualsivoglia forma di falso finalizzato ad ostacolare l'attività di vigilanza,

tra cui l'esposizione di fatti materiali, ancorché oggetto di valutazioni, non rispondenti al vero.

Senza entrare nel tema ormai dissodato relativo alla rilevanza o meno delle valutazioni in riferimento alle false comunicazioni sociali, la formulazione della norma non pone dubbi circa la possibilità che le valutazioni siano ritenute penalmente rilevanti quando queste si discostano dai criteri valutativi previsti normativamente o dai criteri valutativi enunciati dal valutatore. Ovverosia: se un soggetto, nel compiere una valutazione, per esempio in un bilancio o in un'altra comunicazione che la banca indirizza all'autorità di vigilanza, indica dei fatti, anche valutativi, adottando un criterio diverso da quello previsto o comunque non illustrando il criterio effettivamente utilizzato, commette l'illecito di cui all'art. 2638, co. 1, c.c..

A tal riguardo, merita di essere citata una pronuncia della Corte di Cassazione di particolare interesse (Cass. Pen., Sez. V, 16 giugno 2015, n. 33774) relativa al tema dei dati previsionali, tema più tipico delle false comunicazioni sociali, che sotto questo profilo ha una certa area di sovrapposizione con l'ostacolo alle funzioni di vigilanza.

In merito, ci si chiede se sia possibile mentire nell'esposizione di dati previsionali come quelli esposti in un piano industriale o in un *business plan*. In linea di principio, la risposta a tale quesito dovrebbe essere negativa ed, infatti, la sentenza citata si pronuncia in tal senso, chiarendo che se un dato è meramente previsionale o, addirittura, assimilabile ad un'opinione, questo non è suscettibile di essere qualificato come vero o falso. Sicuramente, tale affermazione risulta essere condivisibile nella misura in cui una previsione può essere più o meno attendibile ma, appunto, non suscettibile di essere catalogata come vera o falsa. Ed infatti, la verità o la falsità riguardano enunciati dichiarativi, che fanno riferimento ad un dato storico avvenuto.

Questa affermazione, però, deve essere ponderata nella misura in cui i *business plan* o i piani industriali muovono sempre da una realtà fattuale storica che poi viene proiettata su eventi futuri.

Ora, il profilo di inaffidabilità del piano riguarda le modalità di proiezione nel futuro di un certo dato. Ad esempio, potrebbero essere utilizzati dei tassi di crescita non affidabili, o troppo ottimistici, ma avendo pur sempre come punto di partenza una fotografia fedele della realtà storica; probabilmente, in tal caso è difficile pensare che il *business plan* o il piano industriale siano falsi, ma resta aperto il problema se questo comportamento si possa configurare come un ostacolo all'attività di vigilanza.

E ciò comporterebbe l'applicazione del secondo comma dell'art. 2638 c.c. nella misura in cui tale comportamento fosse volto ad ostacolare consapevolmente l'attività di vigilanza.

Non di rado, però, accade che i *business plan* e i piani industriali eccessivamente ottimistici muovano già da un travisamento dei dati storici, che vengono fotografati in modo non fedele e che, dunque,

vengono successivamente prospettati in maniera distorta al fine di supportare proiezioni esageratamente ottimistiche.

Ecco che, nello specifico caso di travisamento di un dato storico, anche un piano industriale o un *business plan* possono essere tacciati di falsità e, quindi, rientrare sia nella fattispecie di false comunicazioni sociali che nell'ipotesi di ostacolo alle funzioni di vigilanza.

Infine, il primo comma dell'art. 2638 c.c. sanziona l'occultamento con altri mezzi fraudolenti di fatti che sarebbero dovuti essere comunicati alle autorità di vigilanza. In tal senso, la norma punisce la reticenza collocata in un contesto comunicativo: secondo la dottrina, infatti, non si tratta di un'ipotesi meramente omissiva, dal momento che non è punito il semplice "non fare qualcosa", ma è sanzionato il fatto di rendere un'informazione parziale e, nella sua parzialità, fuorviante o, in alternativa, un'informazione che crea un convincimento erroneo in capo a chi la riceve.

Siamo di fronte ad un tema più tipico delle false comunicazioni sociali: è vero che il primo comma dell'art. 2638 c.c. non punisce condotte meramente omissive, le quali, come si avrà modo di chiarire in un secondo momento, sono punite dal comma che segue; ciò rischia di rendere un po' sterile la questione concernente la corretta catalogazione dei fatti meramente omissivi.

Si precisa però che la fattispecie di cui all'art. 2638, co. 1, c.c. richiede un comportamento fraudolento da parte del soggetto, nel momento in cui specifica che «*al fine di ostacolare l'esercizio delle funzioni di vigilanza, espongono fatti materiali non rispondenti al vero, ancorché oggetto di valutazioni, sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria dei sottoposti alla vigilanza ovvero, allo stesso fine, occultano con altri mezzi fraudolenti, in tutto o in parte fatti che avrebbero dovuto comunicare, concernenti la situazione medesima, sono puniti con la reclusione da uno a quattro anni*».

In tale prospettiva, il mero silenzio non pare poter assumere rilevanza ai fini del primo comma dell'art. 2638 c.c.; tuttavia, come anticipato, rischia di avere una rilevanza penale ai sensi del comma successivo del medesimo articolo.

A tal riguardo, è fondamentale precisare che, all'interno del primo comma, l'elemento soggettivo, il c.d. mendacio, sia sotto forma di esposizione di fatti falsi, sia sotto forma di esposizione di una comunicazione parziale ma comunque forviante per ciò che viene taciuto, deve essere finalizzato ad ostacolare l'attività di vigilanza. È proprio l'atteggiamento consapevole di ostacolo all'attività di vigilanza che può divenire la linea di demarcazione tra le false comunicazioni sociali e il delitto di cui all'art. 2638 c.c., nella misura in cui i "falsi" che abbiano altra finalità dovrebbero essere estranei al citato articolo ed, al più, essere puniti ai sensi dell'art. 2621 c.c..

In tale prospettiva, la giurisprudenza tende invece ad accogliere una linea interpretativa in base alla quale in presenza di "falsità" in

documenti ufficiali si possa venire a configurare il concorso tra queste due fattispecie. Infatti, i documenti sono rivolti sì ai soci e agli *stakeholders*, ma anche alle autorità di vigilanza. Sulla scia di tale orientamento, non sono rari i casi in cui viene contestato sia il reato di cui all'art. 2621 c.c., quindi false comunicazioni sociali nei confronti di soci e *stakeholders*, sia la fattispecie di cui all'art. 2638 c.c., cioè l'ostacolo all'esercizio delle funzioni di vigilanza.

Proseguendo nell'esame del dettato normativo, il secondo comma dell'art. 2638 c.c. tratta una fattispecie di più ampia portata che punisce qualsiasi condotta, anche l'omissione di comunicazioni dovute alla predetta autorità, che abbia come fine ultimo quello di ostacolare le funzioni di vigilanza.

Il comportamento sanzionato da tale previsione normativa può avere una connotazione sia attiva, quindi un "*agere*" che ha come risultato quello di ostacolare l'attività di vigilanza, sia anche però una connotazione meramente omissiva, quindi il "non svolgere" un'attività nei confronti dell'autorità di vigilanza; ad esempio, non svolgere l'attività di *disclosure* è già un elemento sufficiente ai fini della rilevanza penale nella misura in cui, naturalmente, questo si possa tradurre in un ostacolo.

Si precisa che il disposto normativo rimanda al concetto di ostacolo, e non invece a quello di impedimento: non si viene a configurare la fattispecie penale in esame nel caso in cui l'attività di vigilanza semplicemente venga impedita, ma è necessario che tale attività venga ostacolata.

Un tema molto discusso è sicuramente quale debba essere il concetto di «ostacolo» ed, in particolar modo, l'individuazione del livello minimo di ostacolo tale da integrare la fattispecie di reato trattata. Tale problema, come già accennato, trae la sua origine dalle numerose altre fattispecie che contornano l'art. 2638 c.c.; queste ultime puniscono forme di ostacolo all'autorità di vigilanza alcune volte come semplici illeciti amministrativi (art. 187-*quienquiesdecies* t.u.f.), altre volte con vere e proprie sanzioni penali (art. 170-*bis* t.u.f.). Ciò lascerebbe intendere che il legislatore abbia inteso adottare una tutela graduale: a ostacoli lievi corrispondono sanzioni amministrative; a ostacoli un po' più significativi sanzioni penali meno severe rispetto all'art. 2638 c.c.

A tal riguardo, la giurisprudenza di Cassazione è particolarmente rigorosa e tende ad applicare in modo molto ampio il concetto di «ostacolo».

A conclusione dell'analisi svolta relativamente al primo e secondo comma dell'art. 2638 c.c., si prospetta il tema molto delicato del rapporto intercorrente tra le due distinte fattispecie.

Secondo l'orientamento maggioritario della dottrina, il primo comma del citato articolo sarebbe speciale rispetto al secondo: quindi, in caso di "falso", e dunque di esposizione di fatti non rispondenti al

vero, si ricadrebbe nella prima fattispecie; invece per qualsiasi altra forma di ostacolo alle funzioni di vigilanza si ricadrebbe nella seconda fattispecie. Tale orientamento è chiaramente diretto a scongiurare il concorso tra i due reati, che, invece, è ammesso dalla giurisprudenza.

Oltre a quanto sinora esaminato, l'art. 2638 c.c. contempla due forme di confisca: la prima ai sensi dell'art. 2641 c.c. (confisca per equivalente), prevista nell'ambito di tutti i reati societari, e la seconda ai sensi dell'art. 25-*ter* del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 che include, tra le varie forme di confisca, anche quella per equivalente (in tema di responsabilità degli enti).

Da ciò derivano due ordini di problemi: un primo relativo al coordinamento delle due tipologie di confisca, tema che riguarda tutti i reati societari; un secondo che si profila invece in questo specifico contesto, connesso alla determinazione del *quantum* confiscabile.

Proprio con riferimento al *quantum*, la Cassazione a Sezioni Unite, nella famosa sentenza 27 marzo 2008, n. 26654, ha identificato tale ammontare nell'incremento patrimoniale di cui viene a godere il soggetto che ha commesso il fatto di reato.

Questa decisione, nota come "Fisia Impianti", è stata pronunciata in ambito di responsabilità dell'ente, ma ritengo che quasi certamente il principio enunciato possa essere applicato a tutte le forme di confisca. Si pone, dunque, il problema di individuare il profitto che si viene a configurare nella fattispecie di «*ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza*».

Parte della dottrina tende ad identificare il profitto di una fattispecie di mendacio, quale è almeno il primo comma dell'art. 2638 c.c., con l'entità del mendacio stesso. In tale prospettiva, ad esempio, il profitto del reato derivante dall'omissione di svalutazione di un credito o di stanziamento di un fondo per un dato ammontare coinciderebbe con tale importo. Al contrario, altra giurisprudenza (come Cass., Sez. V, 4 marzo 2014, n. 10265), resa in ambito di false comunicazioni sociali, richiama il lettore ad una ulteriore analisi e, nello specifico, pone l'attenzione non sull'entità del falso, bensì sul profitto che il soggetto ha tratto dal falso.

È chiaro come si tratti di un tema delicato soprattutto con riferimento alla figura degli amministratori di società, per i quali, accanto alla sanzione penale, si prospetta l'ipotesi della confisca, la quale, in questo caso, può avere ad oggetto tanto il patrimonio degli stessi ai sensi dell'art. 2641 c.c., quanto, e forse soprattutto, il patrimonio della banca (dell'ente) che può aver tratto il profitto dall'attività di ostacolo alle funzioni di vigilanza.

Riferimenti bibliografici essenziali

Perini, A. *Commento* sub *art. 2621,* in AA.VV., *Commentario al codice civile* diretto da Scialoja-Branca-Galgano, a cura di G. De Nova, Torino, 2018.

Tripodi, F. *Commento* sub *art. 2638*, in AA.VV., *Commentario al codice civile*, diretto da Scialoja-Branca-Galgano, a cura di G. De Nova, Torino, 2018.

e-ISSN 2281-6100

Ricerche giuridiche
Vol. 7 – Num. 2– Dicembre 2018

Reati bancari e prova penale: uno sguardo dal processo

Andrea Battistuzzi
Magistrato penale nel Tribunale di Venezia

Mancava solo la presentazione lusinghiera che mi ha introdotto per accrescere le mie difficoltà. Infatti già quando l'Avv. Ravagnan, dimostrandomi una stima assolutamente immeritata, mi ha chiesto di affrontare l'argomento della prova e delle connesse sue problematiche relativamente ai reati bancari attraverso uno sguardo dal processo, io immediatamente gli ho risposto: «Avvocato, cosa le posso dire?». Poi conoscete però le doti di persuasività dell'Avv. Ravagnan e adesso mi trovo qui.

Voi tutti tuttavia mi dovete capire e anche un po' compatire, nel senso che ciò che mi manca per svolgere in termini compiuti ed organici il tema assegnatomi è proprio il punto di osservazione: mi manca cioè il processo. È scontato dire che qui a Venezia – io opero dal 2013 all'interno della Sezione che si occupa tra l'altro di reati economici – non abbiamo mai affrontato, per quanto di mia conoscenza, un processo di questo tipo, inerente a cioè reati connessi a dissesti bancari. Ma vi assicuro che è difficilissimo trovare pronunciamenti che afferiscano ad ipotesi similari anche andando a cercare le varie banche dati giurisprudenziali.

Ciò che ho dunque cercato di fare, con l'obiettivo di fornire un contributo che avesse un minimo di significatività (nell'ottica del tema che mi era stato assegnato) è un tentativo di dare uno sguardo a quei procedimenti che sono in corso relativamente alle banche venete e al Monte dei Paschi di Siena. Al riguardo sono infatti fondamentalmente tre procedimenti i procedimenti in fase di svolgimento: l'uno in fase un po' più avanzata – quello relativo alle vicende del Monte dei Pa-

Edizioni Ca'Foscari

Open access
© 2018 | Creative Commons Attribution 4.0 International Public License

Citation Battistuzzi, Andrea (2018). "Reati bancari e prova penale: uno sguardo dal processo". *Ricerche giuridiche*, 7(2), 145-152.

DOI 10.30687/Rg/2281-6100/2018/02/003

schi di Siena – ha già avuto il pronunciamento della Corte d'Appello; gli altri due, ad uno stadio decisamente più embrionale, considerato che quello inerente le complesse vicissitudini della Banca Popolare di Vicenza si trova in sede di udienza preliminare mentre quello afferente Veneto Banca, dopo lo spostamento di competenze, è ancora in sede di indagini preliminari. Proprio centrando l'attenzione su questi tre procedimenti ho cercato quindi di individuare degli spunti che, attraverso una prognosi per vero assai complicata, consentissero di ipotizzare quelli che potrebbero essere gli snodi più problematici da un punto di vista probatorio.

Ora, per quanto attiene alle banche venete e in particolare alla Popolare di Vicenza (rispetto alla quale abbiamo già visto ampiamente pubblicate le imputazioni inserite nelle richieste di rinvio a giudizio), abbiamo la contestazione dei delitti di aggiotaggio e di ostacolo alla vigilanza, quindi le fattispecie delittuose di cui agli artt. 2637 e 2638 c.c.

Per provare dunque ad anticipare le problematiche che possono riconnettersi a questo tipo di contestazioni, è necessario dare uno sguardo alle operazioni che sono al vaglio, naturalmente in maniera molto sintetica. Come ha già accennato il Prof. Urbani, vengono in particolare contestate delle operazioni simulate a degli artifici che sono individuati in particolare nella ripetuta concessione di finanziamenti a terzi soggetti per l'acquisto di azioni proprie sul mercato secondario oppure in sede di sottoscrizione di aumento di capitale; con contestuale impegno da parte dell'istituto bancario, per una parte di quelle azioni, di riacquistarle entro un determinato termine. Con questo stratagemma, secondo l'impostazione accusatoria, si sarebbe creata una falsa apparenza sulla liquidità dello strumento finanziario, che invece non era tale, e, nel contempo, si sarebbe evitata la riduzione contabile del controvalore delle azioni proprie. Inoltre si sarebbe omessa l'iscrizione al passivo del bilancio d'esercizio di una riserva indisponibile pari all'importo dei finanziamenti concessi per l'acquisto di azioni proprie; questo è già un concetto di economia aziendale più complicato, ma quel che ne deriva, sostanzialmente, è la diffusione di fatto di notizie false sulla reale entità del patrimonio dell'istituto bancario, nonché sulla effettiva crescita progressiva della compagine sociale (detto in altri termini: il numero dei soci sembrava aumentare, ma in realtà si trattava di soggetti finanziati per l'acquisto di azioni proprie, magari con l'impegno di riacquistarle da parte della banca) e quindi anche sul buon esito delle operazioni di aumento di capitale. In sostanza, a venire falsificato era il dato di consistenza patrimoniale (ossia gli ormai noti indici di consistenza patrimoniale indicati con abbreviazioni assai tecniche quali, ad esempio, *core tier 1*) dell'istituto di credito. Vi è poi il riferimento all'art. 2638 c.c., che peraltro, nell'ottica dell'imputazione, contempla sia l'occultamento con mezzi fraudolenti di tali opera-

zioni (al fine di ostacolare l'attività degli organi di vigilanza), sia l'omissione di comunicazioni che avrebbe creato un effettivo ostacolo alle stesse attività di vigilanza. C'è quindi una sorta di crasi dei due commi, viene contestato sia il reato di pericolo che il reato di danno.

Orbene, la lettura di questi capi di imputazione, pur nell'assoluta provvisorietà delle considerazioni che si possono trarre (anche perché, come ovvio, non sono in grado di conoscere le strategie difensive e le ragioni che comunque le difese porteranno nell'udienza preliminare e nell'eventuale dibattimento che dovesse successivamente aprirsi), mi porta però a pensare che il nucleo fondamentale delle questioni che verranno affrontate, in ordine al merito dell'imputazione, riguardi l'elemento soggettivo del reato; posso cioè ipotizzare che l'esistenza e la struttura delle operazioni finanziarie emerga da evidenze documentali (e non credo possa essere facilmente contestata), così come l'eventuale non comunicazione delle medesime, o la comunicazione di dati non rispondenti al vero. Potrebbe forse discutersi sugli effetti delle singole operazioni, cioè sull'effettiva incidenza e/o sulla misura dell'incidenza nel *core tier 1* e quindi potrebbero anche rendersi necessari degli approfondimenti di carattere peritale su quel punto; ma non sono in grado di dire se abbia una effettiva rilevanza comprendere l'esatta dimensione dell'incidenza sull'indice di stabilità quando la prova di un'incidenza c'è comunque nella documentazione.

Credo invece che assai più problematiche possono essere le questioni che attengono al profilo soggettivo; questioni che sono potenzialmente molto ampie, perché discendono evidentemente sia dalla natura delle operazioni che possono essere contestate (io ovviamente ho citato solo quelle che sono presenti negli attuali capi di imputazione, ma l'Avv. Ravagnan vi parlerà tra breve di altri reati che lui vede ravvisabili in varie operazioni che sono andate sotto la luce dei riflettori in questi anni e comunque è verosimile pensare che vi possano anche essere da parte delle Procure ulteriori iniziative), sia nondimeno della diversità dei ruoli svolti dai diversi soggetti coinvolti. Deve infatti sottolinearsi come vengano in rilievo le posizioni di soggetti che, nell'ambito della gerarchia dell'istituto bancario, rivestono posizioni più o meno apicali; con la conseguenza che i profili che potranno porsi sono sia quelli riguardanti addirittura la stessa consapevolezza dell'operazione esercitata, sia comunque quelli attinenti alla precisa struttura delle operazioni; nonché le problematiche inerenti la sussistenza del dolo specifico, con particolare riferimento soprattutto alla prima parte dell'art. 2638 c.c. Sto pensando, in quest'ultimo caso, alla prova in ordine alla finalità di ostacolare la vigilanza da parte di alcuni dei soggetti che hanno strutturato queste operazioni, perché, come diceva prima il Prof. Urbani, ciò che poteva spingere all'attuazione dell'operazione era magari la pressante necessità di ricapitalizzare la banca (con la conseguente tendenza alla strutturazione dell'operazione in termini tali da garantire il buon

fine l'aumento di capitale).

È poi evidente che cosa diversa è la successiva omissione della comunicazione rispetto alla rappresentazione non veritiera di quell'operazione, trattandosi di profili che devono essere tenuti necessariamente distinti. Il fatto che l'elemento soggettivo sia probabilmente il nucleo centrale del processo in relazione quanto meno a queste due imputazioni trova un'eco e una conferma, se vogliamo, nel processo relativo al Monte dei Paschi di Siena, perché in quel caso, come avrete letto o sentito, abbiamo avuto in primo grado una condanna dei vertici dell'istituto per il reato di cui all'art. 2638 c.c.; pronuncia che in secondo grado è stata ribaltata da un'assoluzione. Pur non avendo potuto leggerne le motivazioni nella loro integralità, da alcuni stralci tratti da pubblicazioni giornalistiche sembra emergere come, nonostante la formula assolutoria «per non aver commesso il fatto», l'affermato difetto di prova abbia riguardato proprio la volontà da parte dell'istituto di ostacolare l'attività di vigilanza. Quindi – pur con tutte le precauzioni legate alla mancata pubblicazione integrale delle motivazioni – pare di fatto un riferimento più all'elemento soggettivo che all'oggettività del fatto.

Ora, il caso Monte dei Paschi era completamente diverso rispetto a quello delle banche venete, perché nella prima vicenda avevamo la stipulazione di due contratti con una banca giapponese, uno dei quali avente ad oggetto derivati (che aveva provocato una grossa perdita patrimoniale della banca), mentre un successivo contratto era finalizzato – sempre in ipotesi accusatoria – ad occultare la perdita creatasi per poter così proseguire nell'attività e consentire ai vertici di mantenere intatti i loro poteri e le loro prebende. In questo caso i vertici sono stati assolti perché all'esito della prova assunta in dibattimento si è osservato come quel documento che consacrava il contratto fosse stato sì chiuso in una cassaforte, ma fosse stato anche conservato in forma digitale nel computer di una segretaria; inoltre quando il soggetto che rivestiva la posizione apicale aveva dismesso la propria carica non se l'era portato via come avrebbe (secondo logica) dovuto fare se avesse voluto occultarlo, ma l'aveva tranquillamente lasciato nella cassaforte. Sono stati questi gli argomenti utilizzati dalla Corte d'Appello (per quel che, ripeto, sono gli echi che sono arrivati sugli organi di stampa) per ritenere insussistente l'elemento soggettivo in quei termini. Svolgo questo richiamo fattuale solo per dimostrare l'importanza che sembra avere la tematica dell'elemento soggettivo in relazione a questo tipo di processi.

Ciò detto, non mi voglio addentrare nelle tematiche che saranno affrontate dai successivi relatori in ordine alla ravvisabilità delle altre fattispecie di reato (so che verranno introdotti temi riguardanti possibili reati quali il riciclaggio, l'autoriciclaggio, l'infedeltà patrimoniale). Qualche spunto di interesse mi sembra invece provenire dalla pronuncia della Corte di Cassazione (l'unica che ho reperito), che si

è occupata della confisca in relazione ad un provvedimento ablatorio attuato nei confronti dei vertici dell'istituto trevigiano e di un familiare. In quel caso la pronuncia ha degli aspetti interessanti perché affronta il problema della qualificazione dello stesso istituto bancario quale persona estranea al reato e lo risolve in termini positivi. Qui tuttavia dobbiamo essere molto chiari: la Cassazione si limita a ritenere la motivazione del Tribunale del riesame non illogica, senza addentrarsi nel merito della vicenda, sicché sarà necessario verificare in sede di giudizio se le prospettazioni che vengono presentate all'interno della motivazione reggeranno alle acquisizioni probatorie. Ciò che però emerge con chiarezza è il fatto che la Suprema Corte accoglie il provvedimento del Tribunale del riesame laddove lo stesso qualifica come persona estranea al reato l'istituto di credito a prescindere dalla formale iscrizione nel registro dell'art. 335 c.p.p. per illecito dipendente da reato. Secondo la Corte di Cassazione, la banca non può certamente ritenersi soggetto che abbia ottenuto un profitto, un vantaggio da queste operazioni, perché, benché abbia potuto continuare ad operare anche grazie a queste operazioni e forse abbia anche incrementato la propria operatività, ciò nonostante quelle operazioni l'hanno portata sull'orlo di una crisi irreversibile (frutto di una politica espansionistica finalizzata alla tutela di interessi privati da parte del direttore o comunque dei vertici dell'istituto di credito).

Questa pronuncia è interessante e secondo me sarà oggetto di ampie discussioni laddove introduce nell'ambito del processo un concetto di danno che non si ricollega immediatamente alla singola operazione. Quando ho visto la singola operazione, mi sono chiesto: nel caso di specie, siamo in grado di individuare un danno all'ente dalla singola operazione, inteso come pregiudizio economico? Qui, per l'appunto, si individua un danno che in sostanza viene identificato nelle conseguenze che derivano dalle scelte gestionali del *management*. La differenza mi pare piuttosto evidente: se guardiamo alla vicenda del Monte dei Paschi, abbiamo una operazione finanziaria – acquisto di derivati – che comporta una perdita patrimoniale secca; lo strumento finanziario ha un crollo, con conseguente perdita patrimoniale ingentissima per l'istituto. Nel caso di Veneto Banca abbiamo invece una serie di operazioni che sostanzialmente avrebbero consentito, attraverso una attività simulatoria, di non fare emergere la situazione di criticità dell'ente e quindi di continuare ad operare. Il danno allora è forse derivato forse dal negativo andamento dell'attività caratteristica dell'istituto, che si è aggravato proprio perché, attraverso quelle operazioni simulatorie, si è consentito alla banca di operare? Questa potrebbe essere, ad esempio, una prospettazione, un'ipotesi di allegazione che dovrà essere poi oggetto di prova; forse gli economisti o gli aziendalisti sapranno anche individuare poi un danno specifico nella singola operazione, ma credo che anche da questo punto di vista vi sarà la necessità di allegazioni che dovran-

no passare al vaglio dei tribunali.

C'è poi un altro aspetto particolarmente interessante affrontato dalla sentenza precedentemente citata, che riguarda il problema della c.d. buonafede della persona estranea al reato (ai fini naturalmente della confisca dei beni intestati al familiare). Al riguardo la Corte richiama un orientamento tutto sommato consolidato, laddove evidenzia la differenza del concetto di buonafede penalistica rispetto a quello civilistico di cui all'art. 1147 c.c., evidenziando in sostanza come per l'affermazione della malafede nella prima accezione ai fini della confisca – malafede che esclude l'estraneità della persona al reato e quindi consente l'assoggettabilità alla confisca dei beni – sia sufficiente una contestazione di carattere colposo, cioè una mancata diligenza richiesta dalla situazione concreta nella percezione del rapporto tra la propria posizione soggettiva e quella del condannato. Sennonché, nel concretizzare i profili di negligenza che si ritengono imputabili al terzo, la Corte, dando per presupposta l'evidente sproporzione tra i redditi dell'intestatario dei beni ed il valore dei beni che gli sono risultati intestati, dà rilievo al fatto che tale intestazione, tale trasferimento di ricchezza sia avvenuta proprio nel periodo in cui la crisi della banca si faceva più grave e più evidente, con il conseguente crescere dell'attenzione degli organi di vigilanza, del pubblico e dei risparmiatori. Ora, il penalista che vede questi dati comincia a dubitare di trovarsi sul famoso crinale di distinzione tra la colpa e il dolo eventuale: laddove cioè ci si trovi di fronte a una serie di elementi di questo tipo, ossia qualora ad un soggetto vengano intestati beni di valore elevatissimo da parte di un organo apicale della banca – che è un familiare – in un contesto in cui la banca sta versando in una crisi terribile e in cui vengono alla luce operazioni sospette, si potrebbe anche ipotizzare che quel soggetto abbia accettato il rischio della derivazione illecita di quei beni. Naturalmente anche qui vanno chiaramente tenute in considerazione le problematiche di allegazione e di prova in ordine alla consapevolezza, in capo a quel soggetto, dello stato di decozione dell'istituto e dell'esistenza di operazioni abnormi, giacché è chiaro che l'intestazione potrebbe avere auto finalità di qualsiasi altro tipo (anche di natura fiscale) e non essere necessariamente legate al tentativo di sottrarre i beni ai creditori. È tuttavia evidente che un problema di questo tipo probabilmente ben si può porre anche nell'ottica – che so essere propugnata dall'Avv. Ravagnan – di un'ipotesi del riciclaggio (laddove sappiamo che nel riciclaggio è ammessa la possibilità del dolo eventuale in relazione alla consapevolezza della provenienza illecita dei beni).

Un altro aspetto che mi pare meritevole di attenzione riguarda una assoluta novità che si presenta nelle ordinanze sia del GUP di Roma che di quello di Vicenza: l'ammissibilità della costituzione a parte civile delle persone offese del reato – intese come risparmiatori – con riferimento all'art. 2638 c.c..

Il Prof. Perini ha detto benissimo prima che il bene giuridico tutelato dall'art. 2638 c.c. in via diretta è, in tutta evidenza, il corretto andamento della funzione di vigilanza, nell'ottica del corretto funzionamento del mercato; poi indirettamente c'è, sempre all'evidenza, l'interesse dei risparmiatori. Come ancora diceva il Prof. Perini, si tratta di un reato che garantisce un'anticipazione di tutela, rispetto ai danneggiati, i quali è palese subiscano il danno per effetto dell'attività che il soggetto vigilato svolge nei confronti del mercato, non per effetto diretto della condotta tenuta dal soggetto vigilato nei confronti dell'autorità di vigilanza: ecco perché in dottrina si era spesso ritenuto che quelli derivanti, a carico del risparmiatore (che può poi essere socio o obbligazionista), dalla violazione dell'art. 2638 c.c. fossero danni *indiretti*.

In effetti non constano precedenti relativi all'ammissione delle persone offese quali parti civili nell'ambito dei procedimenti per il reato di cui al 2638 c.c.; anzi si riscontrano precedenti in senso contrario, quali le ordinanze rese dal Tribunale di Milano e da quello di Siena relativamente alla vicenda del Monte dei Paschi di Siena. Il GUP di Vicenza ha ritenuto che gli imputati del reato *ex* art. 2638 c.c., ostacolando l'organo di vigilanza e impedendo quindi l'esercizio delle sue prerogative, quale diretta conseguenza del loro operato boicottarono l'adozione delle misure necessarie ad evitare il verificarsi dei fatti dannosi di cui parliamo; il Giudice ha individuato quindi una forma di responsabilità diretta, seppure attraverso un'argomentazione indubbiamente piuttosto complessa. Attenzione, però, perché il GUP di Vicenza è stato molto attento nell'indicare chiaramente i limiti della sua decisione relativamente ai profili di ammissibilità, facendo riferimento a quella giurisprudenza in ossequio alla quale il giudicante, nella fase preliminare, si limita a verificare l'identità tra chi chiede tutela giudiziaria e colui che, sulla base di quella prospettazione, sarebbe legittimato a essere il titolare della pretesa; non scende invece nel merito della sussistenza effettiva del danno, precisando che questo sarà oggetto di prova solo più avanti e rimandando quindi alla fase successiva l'accertamento in ordine alla sussistenza effettiva di un danno che derivi dalla condotta contestata (danno che, a differenza dell'aggiotaggio, può non essere neppure immediatamente percepibile da parte del risparmiatore o dell'investitore ed, anzi, si traduce in un fatto che è destinato a essere conosciuto solo dall'autorità di vigilanza). Il GUP di Roma ha fatto invece un ragionamento un po' diverso, pur essendo giunto anch'egli alle stesse conclusioni, nel senso di aver ipotizzato la risarcibilità anche dei danni indiretti o mediati.

Siamo di fronte, a mio avviso, ad una questione di grande importanza, solo se si pensa alla circostanza che dalle notizie che giungono da Vicenza sembrerebbero esservi più di cinquemila persone offese, forse quasi diecimila: ora, mi pare evidente la difficoltà che

può nascere a fronte della necessità di "governare" un processo penale con diecimila persone offese (anche con riferimento alla difficoltà nello scrutinare per ciascuna di queste l'esistenza del danno ai fini pur soltanto di una condanna generica). È pertanto lecito ipotizzare che la valutazione che il Tribunale potrà limitarsi ad effettuare, almeno in una prima fase, sarà per così dire di carattere categoriale, provando cioè ad individuare alcune specifiche categorie di danneggiati (distinguendo, ad esempio, soci da obbligazionisti, o forse ripartendo i risparmiatori per importi sì da rendere più inverosimile una scelta di investimento consapevole). In ogni caso si tratta, come dicevo, di un'attività di notevole rilevanza, dal momento che discriminare le persone offese in ragione dell'effettiva sussistenza delle pretese vantate non significa solo escludere il risarcimento di una persona offesa, ma altresì poter riconoscere un risarcimento a quelle persone offese che veramente sono state danneggiate (o lo sono state più di altre), tenuto conto che ci si troverà presumibilmente di fronte a risorse limitate (come si sa, il processo penale interviene quando i buoi sono già in gran parte scappati e non siamo più in grado di riprenderli).

Questa attività di discriminazione delle diverse posizioni soggettive sarà a mio modo di vedere fondamentale, perché – e con questo concludo – nonostante qui ci si riferisca ad azioni non quotate, ciò nonostante gli investitori restano molto diversi l'uno dall'altro.

È notizia di oggi che una primaria società di costruzioni ha chiesto l'ammissione al concordato, con conseguente perdita della quotazione di borsa di circa il 30%. Ma per ogni venditore, c'è qualcuno che acquista: chi è l'acquirente? Certamente non il piccolo risparmiatore che vi investe tutta la sua liquidazione; probabilmente c'è invece qualche *trader* aggressivo che cerca di fare uno *scalping intraday*. Quest'ultimo forse non meriterebbe tutela, essendo a perfetta conoscenza della situazione.

Anche in questo caso siamo dunque presumibilmente di fronte a situazioni soggettive degli investitori molto diverse l'una dall'altra, che come tali dovrebbe essere distinte, proprio come con riguardo alle vicende bancarie di cui stiamo discorrendo. Credo non sarà facilissimo.

e-ISSN 2281-6100

Ricerche giuridiche
Vol. 7 – Num. 2 – Dicembre 2018

Banche: falso in bilancio, reato tributario ed infedeltà patrimoniale

Mario Garavoglia
Avvocato del foro di Torino

Sommario 1. Crisi bancarie, reati societari e tributari: una premessa. – 2. Il reato di false comunicazioni sociali in rapporto con i reati in materia di dichiarazioni ai fini delle imposte sui redditi. – 3. L'infedeltà patrimoniale prevista dall'art. 2634 c.c.. – 4. Conclusioni.

1 Crisi bancarie, reati societari e tributari: una premessa

Dico da subito che il tema assegnatomi è molto complesso, difficile da trattare nei brevi tempi consentiti ad una relazione. Il falso in bilancio e i reati tributari, come noto, sono fattispecie di reato che presentano aspetti comuni: si tratta di verificare in quale rapporto si trovino tra loro, se, per esempio, possano essere contestati in concorso formale tra loro o, piuttosto, sia tra gli stessi ravvisabile un rapporto di specialità, nonché a quali contestazioni abbiano dato luogo e con quali esiti nell'ambito delle tormentate vicende conseguenti alle crisi bancarie.

Restando aderenti al tema del convegno, partiamo dunque proprio da queste ultime.

Per quanto riguarda i reati societari, le vicende che vedono coinvolte banche toscane e banche venete sono state riferite dalle cronache giudiziarie. E da queste prendiamo lo spunto: le cronache riferiscono di presidenti, amministratori delegati, consiglieri di amministrazione imputati dei reati di false comunicazioni sociali (artt. 2621, 2622 c.c.), aggiotaggio (art. 2637 c.c.), ostacolo alle funzioni di

Edizioni Ca'Foscari

Open access
© 2018 | Creative Commons Attribution 4.0 International Public License

Citation Garavoglia, Mario (2018). "Banche: falso in bilancio, reato tributario ed infedeltà patrimoniale". *Ricerche giuridiche*, 7(2), 153-164.

DOI 10.30687/Rg/2281-6100/2018/02/004

vigilanza (art. 2638 c.c.) e falso in prospetto (art. 173-*bis* t.u.f.), nonché, come ha ricordato il Dott. Battistuzzi, di aggiotaggio; si riferisce di bilanci abbelliti, di perdite occultate, della diffusione di dati non corrispondenti al vero quanto all'ammontare del patrimonio e al valore delle azioni, di ostacolo alle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza.

Il dissesto degli istituti bancari si è manifestato con la svalutazione di azioni in precedenza sopravvalutate. Per Veneto Banca si è passati da un valore di 21,25 euro nel 2004 a 40,75 euro nel 2013, a 7,3 in sede di liquidazione dei soci. Non pochi risparmiatori hanno transatto, altri sono costituiti parte civile nei processi in corso. Ai clienti dell'istituto venivano erogati prestiti c.d. "baciati", cioè finanziamenti utilizzati per sottoscrivere o acquistare azioni della banca, così dissimulando la reale situazione dei conti dell'istituto agli organi di vigilanza e ingannando i risparmiatori. Ne sono scaturiti processi per molti versi paralleli, quali quelli di Veneto Banca e Banca Popolare di Vicenza, il primo interessato anche da questioni di competenza per territorio (tra Roma e Treviso) non diversamente da quello riguardante le vicende di Monte dei Paschi nel quale il Tribunale di Siena ha pronunciato sentenza di condanna per ostacolo alle funzioni di vigilanza mentre per gli altri reati ha trasmesso gli atti per competenza a Milano (dove i processi per falso in bilancio e aggiotaggio sono in corso insieme al filone che riguarda le modalità di acquisto di Antonveneta). Come già riferito dal Dott. Battistuzzi, il 7 dicembre 2017 la Corte d'Appello di Firenze ha tuttavia riformato la sentenza di primo grado assolvendo gli imputati: la natura di derivato del prodotto finanziario Alexandria non era stata occultata agli ispettori della Banca d'Italia. Dunque, l'ostacolo non è stato ritenuto provato, con una valutazione delle prove in fatto, non un giudizio in diritto. I contratti derivati sottoscritti con la banca giapponese Nomura e la Deutsche Bank servirono per coprire le ingenti perdite (in parte causate anche dall'acquisto di Antonveneta), spostandole su esercizi futuri. Alexandria era un prodotto che poteva generare perdite, da registrare ogni anno, ma fu contabilizzato senza evidenziarne la natura di derivato. Falsa comunicazione sociale, dunque, ma non ostacolo alla vigilanza.

Anche sotto l'altro profilo, quello dei reati tributari, le cronache giudiziarie degli ultimi anni riferiscono di vertici bancari sottoposti ad indagini e imputati in ragione di dichiarazioni annuali ritenute infedeli o fraudolente in relazione a complesse operazioni poste in essere con controparti residenti all'estero (per esempio Irlanda, Lussemburgo, Regno Unito).

Le vicende processuali hanno riguardato, anche su questo fronte, Monte dei Paschi e Veneto Banca, accanto però ad alcune tra le maggiori banche italiane quali Unicredit e Intesa San Paolo. Sul banco degli imputati, i vertici delle già citate Monte Paschi (imposta evasa per

107 milioni) e Veneto Banca (imposta evasa per 103 milioni). Unicredit è stata coinvolta nelle contestazioni penali tributarie in relazione all'operazione "Brontos" (per un valore di 3 miliardi di euro e un'evasione di 246 milioni). La condotta consiste nell'aver sottratto all'imposizione cospicui redditi di capitale tassando come dividendi (al 5%) importi che avevano in realtà natura di interessi. Ma in bilancio e in dichiarazione i termini e il valore dell'operazione erano stati correttamente indicati, quindi non sono stati ravvisati mezzi fraudolenti, bensì violazione del divieto di "abuso del diritto", penalmente non perseguibile ai sensi dell'art. 10-*bis* dello Statuto del contribuente[1].

Diverso il caso Monte dei Paschi di Siena - Deutsche Bank, con un'operazione di vendita di azioni B.N.L. di proprietà Monte Paschi dissimulata facendo figurare un prestito titoli, dal che un'ipotesi di dichiarazione fraudolenta, che avrebbe portato ad un risparmio d'imposta di circa 40 milioni di euro. Senonché i fatti erano risalenti al 2006 e il reato nel 2017 risultava ormai prescritto.

Dunque, i primi esiti di complessi e delicati processi penali per fatti di rilevante allarme sociale con gravi danni per il mercato e i risparmiatori hanno visto dichiarare non punibili (per prescrizione o con altre formule) i reati di falso in bilancio, non diversamente da ipotesi di rilevanti evasioni fiscali asseritamente realizzate mediante dichiarazioni fraudolente o infedeli.

Ci si chiede come ciò sia potuto accadere. Forse un *deficit* della normativa posta a tutela dei beni giuridicamente protetti? O una disciplina poco chiara, tale da provocare il compimento di complesse indagini sfociate in un nulla di fatto, cioè nelle archiviazioni dei procedimenti penali? Un'analisi delle disposizioni succedutesi nel corso del tempo può forse fornire utili indicazioni in merito, anche in relazione al collegamento tra i reati societari e quelli tributari, che sovente hanno in comune una falsa rappresentazione nelle scritture contabili.

2 Il reato di false comunicazioni sociali in rapporto con i reati in materia di dichiarazioni ai fini delle imposte sui redditi

Considerando, per così dire, "in parallelo" le due diverse tipologie di reato, si può riscontrare come esse possano dirsi accomunate negli ultimi vent'anni da ripetuti interventi del legislatore, avendo condiviso continue riforme.

1 Art. 10-*bis*, co. 13, l. 27 luglio 2000, n. 212, introdotto dall'art. 7, co. 15, d.lgs. 24 settembre 2015, n. 156: «*Le operazioni abusive non danno luogo a fatti punibili ai sensi delle leggi penali tributarie*».

Va ricordato in proposito che, trattandosi di norme penali, quelle abrogate, in quanto siano più favorevoli, rimangono applicabili ai fatti commessi quando erano ancora in vigore, mentre quelle successive, se più favorevoli, si applicano ai fatti commessi prima della loro emanazione, per cui oggi in entrambi i settori convivono discipline diverse, vale a dire:

- due testi normativi per i reati societari, quello cioè introdotto dal d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61 e quello che lo ha sostituito (l. 27 maggio 2015, n. 69), in vigore dal 14 giugno 2015;
- tre testi per i reati tributari, risultanti dalle ripetute modifiche apportate al d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74: quello *ante* 17 settembre 2011, quello in vigore tra il 17 settembre 2011 e il 21 ottobre 2015, quello in vigore dal 22 ottobre 2015.

Si è di fronte, dunque, ad un analogo tormentato percorso, parallelo anche nei tempi, alla ricerca di un equilibrio risultato molto difficile da raggiungere a causa di scelte legislative talvolta contraddittorie, ambigue e discutibili.

Considerati i beni giuridici tutelati – trasparenza nelle comunicazioni societarie a tutela dei soci e del pubblico dei risparmiatori da una parte e dovere di concorrere alle spese pubbliche secondo la normativa tributaria dall'altro – in un primo tempo prevalse l'esigenza di prevedere reati di pericolo (sul piano tributario, a suo tempo, anche per superare il regime della pregiudiziale tributaria).

Sennonché il reato di false comunicazioni sociali fu delineato nel codice civile del 1942 e mai modificato (salvo, dal 1986, l'aumento della pena pecuniaria e un'integrazione riguardante illecita distribuzione di dividendi) secondo una formula generica, onnicomprensiva, tale da consentire di ricomprendere, almeno in teoria, qualsiasi divergenza dalle regole civilistiche sul bilancio[2] cosicché la sua formulazione divenne via via sempre meno adeguata ai tempi.

I reati tributari, la cui punibilità era congelata dalla pregiudiziale tributaria, vennero riformati nel 1982 a favore di una tutela anticipata del corretto versamento delle imposte: scelta apprezzabile, salvo il fatto che le omesse fatturazioni vennero configurate quali contravvenzioni, punibili nel testo originario con arresto o ammenda (quin-

2 Art. 2621 c.c., versione originaria: «*(False comunicazioni ed illegale ripartizione di utili) - Salvo che il fatto costituisca reato più grave, sono puniti con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da lire diecimila a centomila: 1) i promotori, i soci fondatori, gli amministratori, i direttori generali, i sindaci e i liquidatori, i quali nelle relazioni, nei bilanci o in altre comunicazioni sociali fraudolentemente espongono fatti non rispondenti al vero sulla costituzione o sulle condizioni economiche della società o nascondono in tutto o in parte fatti concernenti le condizioni medesime; 2) gli amministratori e i direttori generali che, in mancanza di bilancio approvato o in difformità di esso o in base ad un bilancio falso, sotto qualunque forma, riscuotono o pagano utili fittizi o che non possono essere distribuiti.*».

di oblazionabili) e dal 1991 con le due pene congiunte, ma comunque prive di concreta deterrenza.

Si imponeva pertanto una radicale riforma in entrambi i settori.

Per superare le insufficienze nella formulazione del reato di false comunicazioni sociali, che si prestava a non condivisibili interpretazioni estensive, venne istituita nel luglio 1988 c.d. "commissione Mirone", incaricata di predisporre uno schema di disegno di legge delega per la riforma del diritto societario. Solo nel febbraio 2000 il testo fu consegnato, ma soltanto nella successiva legislatura, come ben noto, fu ripreso per dar corso ad una legge delega (l. 3 ottobre 2001, n. 366), che peraltro ridimensionò fortemente la portata delle disposizioni penali. Nel frattempo, sul versante dei reati tributari era stata approvata la l. delega 25 giugno 1999, n. 205, attuata con il già citato d.lgs. 10 marzo 2000, n, 74.

La delega che contiene la riforma dei reati societari fu attuata con il d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61, il quale, da un lato descrive compiutamente le fattispecie incriminate, ma dall'altro sembra ripetere lo stesso errore commesso dal legislatore vent'anni prima con i reati tributari: furono previste cioè contravvenzioni punite con l'arresto da quindici giorni a tre anni accompagnate da cause di non punibilità (art. 2621, co. 3 e 4), in tal modo vanificando la possibilità di una efficace tutela, anche a causa del breve termine di prescrizione del reato previsto all'epoca (tre anni, estensibili a quattro anni e mezzo a seguito di atti interruttivi).

È pur vero che venne introdotto nell'allora nuovo art. 2622 c.c. un delitto a fronte della stessa condotta «*che abbia cagionato un danno patrimoniale*» a società, soci, creditori, punito con la pena della reclusione da sei mesi a tre anni. Sennonché però da reato di pericolo si passa a reato di danno, per la cui procedibilità occorre la querela; solo nel caso di società quotate la procedibilità è d'ufficio e la pena più elevata (da uno a quattro anni).

Ne deriva un evidente declassamento della risposta punitiva, come si trattasse di fatti a rilevanza privata. E ciò nonostante il sistema, almeno in astratto, avesse previsto validi rinforzi di tutela quali l'inserimento nel d.lgs. n. 231/2001 sulla responsabilità degli enti dell'art. 25-*ter* e la confisca del profitto del reato (art. 2641 c.c.). A quanto detto, si aggiunga che la circostanza attenuante presente nell'art. 2640 c.c. ha sostituito un'aggravante. In definitiva, come in passato, un'effettiva repressione del falso in bilancio scattava solo nei casi di fallimento, ai sensi degli artt. 216-223 l.fall..

È sotto la vigenza di questa disciplina che, tra il 2005 e il 2014, si sono verificati i fatti da cui sono derivati i procedimenti penali che hanno coinvolto i vertici delle banche.

Fu una scelta consapevole, quella del legislatore? Furono previste le conseguenze derivanti dalla pochezza dell'apparato sanzionatorio a fronte dell'estrema gravità dei danni provocati dai reati so-

cietari commessi dopo il 2002? Il quadro che oggi abbiamo davanti agli occhi sembrerebbe imporre una risposta purtroppo affermativa, nel senso della volontà di introdurre leggi favorevoli ad un sistema economico controllato da gruppi di potere che perseguono scopi di arricchimento personale, limitando l'"intralcio" rappresentato da norme penali volte a garantire trasparenza e protezione del patrimonio dei comuni cittadini.

A questa riforma (in vigore dal 16 aprile 2002) fa da contraltare quella dei reati tributari, che la precedette di due anni (15 aprile 2000). Come da legge delega, vengono previsti solo delitti, e solo se vi è effettiva evasione d'imposta sopra soglie predeterminate. Ma anche il d.lgs. n. 74/2000 non nasce immune dalle solite ambiguità non risolte, quali il testo dell'art. 4 nelle parti in cui punisce l'infedele dichiarazione allorché il contribuente abbia indicato «*elementi passivi fittizi*», ripetendo l'uso di un termine dal significato non univoco, e nella parte in cui non è disciplinata l'elusione fiscale.

Dunque, scelte legislative "consapevolmente infelici", dalle quali sono derivate vicende processuali sofferte, talune anche clamorose, quale per esempio, sul versante dei reati societari, è stata la domanda di pronuncia pregiudiziale sottoposta alla Corte di Giustizia Europea (violazione della prima e quarta direttiva sul diritto societario) nell'ambito di procedimenti avviati presso il Tribunale di Milano e la Corte d'Appello di Lecce. Sulla questione si è pronunciata la Corte di Giustizia con la nota sentenza 3 maggio 2005. Non stupisce dunque la sentita esigenza di ulteriori modifiche al sistema sia dei reati societari, sia dei reati tributari, per restituire ai primi un indispensabile livello di deterrenza e ai secondi una migliore chiarezza circa le condotte incriminate e un migliore equilibrio tra le norme incriminatrici e le pene previste.

Si giunge pertanto alle ultime modifiche che hanno interessato, nel 2015, ancora una volta quasi in contemporanea, reati societari e reati tributari alla ricerca di una definitiva (?) disciplina, efficace ed equilibrata.

Pur non potendo commentare in questa sede le nuove norme (alle quali faccio rinvio), sarà sufficiente sottolineare il "ritorno" delle false comunicazioni sociali quali reato di pericolo (peraltro non diversamente da quanto previsto in altri ordinamenti), punito dall'art. 2621 c.c. con la pena della reclusione da uno a cinque anni. Dunque, nuovamente un'ipotesi delittuosa, seguita dalla nuova previsione dell'art. 2622, che, come noto, punisce più gravemente (con la reclusione da tre a otto anni) le false comunicazioni sociali delle società quotate. Sembrano quindi risolte le criticità sorte in passato a causa, dapprima della onnicomprensività dell'originario art. 2621 c.c. ed in seguito del vuoto di tutela derivante dalla riforma del 2002.

Tuttavia, merita ricordare che anche questa volta, posto rimedio alle incongruenze della normativa previgente, una scelta del legisla-

tore ha messo in difficoltà gli interpreti, essendo stato soppresso, nel descrivere il contenuto della falsa comunicazione, l'inciso «*ancorché oggetto di valutazioni*» dopo l'espressione «*espongono fatti materiali rilevanti non rispondenti al vero*». Ci si chiede pertanto se ne consegua l'irrilevanza penale di ogni fatto derivante da un procedimento valutativo, anche alla luce del fatto che sono sparite le soglie di punibilità. Ancora una volta una riforma "gattopardesca"? Affinché nulla cambiasse (norme penali dal contenuto dissuasivo depotenziato), si è cambiato tutto depotenziando comunque l'efficacia della norma incriminatrice?

Da parte della dottrina e dalla Cassazione[3], sul punto era giunta una prima risposta affermativa, sulla quale ci soffermiamo tra un attimo, dopo aver ricordato che anche la contemporanea modifica del reato di dichiarazione infedele, con riferimento alle divergenze dalla realtà effettiva dei dati, sembrerebbe aver escluso la rilevanza penale di operazioni valutative in ambito tributario (cfr. art. 4, co. 1-*bis*, d.lgs. n. 74/2000 e abrogazione dell'art. 7 stesso decreto).

Ciò ha indotto in un primo tempo a ritenere che le valutazioni fossero ormai al di fuori delle fattispecie di reato societario e tributario, cosicché la conclusione raggiunta con la riforma del falso in bilancio coinciderebbe con quella perseguita dal legislatore fiscale.

Si tratta di una conclusione in realtà affrettata, smentita dalla successiva giurisprudenza quanto al falso in bilancio. Infatti, la Cassazione a Sezioni Unite[4], contrariamente a quanto statuito dalle due sentenze della Quinta Sezione penale, ha affermato – cito la massima – che «*Anche dopo le modifiche apportate all'art. 2621 c.c. dall'art. 9 co. 1 L. 69 del 2015, sussiste il delitto di false comunicazioni sociali, con riguardo alla esposizione o alla omissione di fatti oggetto di "valutazione", se, in presenza di criteri di valutazione normativamente fissati o criteri tecnici generalmente accettati, l'agente da tali criteri si discosti consapevolmente e senza darne adeguata informazione giustificativa, in modo concretamente idoneo ad indurre in errore i destinatari delle comunicazioni*».

Quanto ai reati tributari, l'abrogato art. 7 d.lgs. n. 74/2000 in realtà rivive ai commi 1-*bis* e 1-*ter* dell'art. 4.

Il co. 1-*bis* dispone che, ai fini della configurazione dell'infedele dichiarazione, non si tiene conto (come prevedeva l'art. 7, co. 1) «*della valutazione di elementi attivi o passivi oggettivamente esistenti, rispetto ai quali i criteri concretamente applicati sono stati comunque*

3 Cass. 16 giugno 2015, n. 33774; nello stesso senso anche Cass. 8 gennaio 2016, n. 6916, la quale peraltro ha rigettato il ricorso proposto da parte di una banca avverso un sequestro preventivo ritenendo, in fatto, che nel caso di specie la condotta non potesse essere ricondotta ad un falso valutativo.

4 Cass., SS.UU., 31 marzo 2016, n. 22474.

indicati nel bilancio ovvero in altra documentazione rilevante ai fini fiscali» mentre il co. 1-*ter* afferma che «*non danno luogo a fatti punibili le valutazioni che singolarmente considerate differiscono in misura inferiore al 10% da quelle corrette. Degli importi compresi in tale percentuale non si tiene conto nella verifica del superamento delle soglie di punibilità previste dal comma 1, lett.* a) *e* b)» (come prevedeva l'art. 7, co. 2).

Dunque, dal combinato disposto dei due nuovi co. 1-*bis* e 1-*ter*, risulta che le valutazioni di elementi attivi o passivi (oggettivamente esistenti) rispetto ai quali i criteri concretamente applicati non sono stati indicati nel bilancio o in altra documentazione rilevante ai fini fiscali e che, singolarmente considerati, differiscono in misura pari o superiore al 10% rispetto a quelle corrette concorrono al calcolo degli elementi sottratti all'imposizione. Nella verifica del superamento delle soglie di punibilità non si tiene conto degli importi inferiori al 10% delle valutazioni corrette.

Sulla scorta di quanto si è osservato, possiamo ora analizzare il rapporto tra reati societari e reati tributari, o, per meglio dire, tra le false comunicazioni sociali e la presentazione di dichiarazioni dei redditi infedeli o fraudolente. Si tratta di un rapporto storicamente controverso, oggetto di ampio dibattito in dottrina e giurisprudenza. In breve: la dichiarazione annuale dei redditi viene presentata in base al bilancio e quest'ultimo può contenere elementi di falsità (oggi «*fatti materiali rilevanti non rispondenti al vero*»), o può omettere gli stessi fatti, la cui comunicazione è imposta dalla legge sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo, in modo – sempre secondo la formulazione attuale – «*concretamente idoneo ad indurre altri in errore*», ma tali da ingannare anche o esclusivamente l'Amministrazione finanziaria.

L'indeterminatezza dell'originaria formulazione dell'art. 2621 c.c. aveva consentito di sostenere il possibile concorso dei due reati e, nel caso di condotta non punibile (perché per esempio "sottosoglia") ai sensi della normativa penal-tributaria, la configurabilità del falso in bilancio. Soluzione evidentemente irragionevole, ma in teoria non esclusa dalla lettera o dalla portata generale dell'art. 2621. Tuttavia, l'interpretazione di gran lunga prevalente era quella di considerare la norma incriminatrice penal-tributaria come norma speciale rispetto al falso in bilancio. Il reato tributario contiene gli elementi delle false comunicazioni sociali, ai quali si aggiunge l'elemento specializzante dell'esclusiva destinazione della dichiarazione al Fisco. Ciò sempre che la falsa comunicazione sia determinata dall'esclusivo fine di frodare il Fisco stesso[5]: soluzione se non quasi scon-

5 In passato fu ritenuta non rilevante la clausola di riserva contenuta nell'art. 56 d.P.R. n. 600/1973 «*ferme restando le altre sanzioni eventualmente applicabili*», purché da ri-

tata, condivisibile, e sempre coerente nel vigore delle varie versioni delle norme penal-societarie e penal-tributarie che nel tempo si sono succedute sino ad oggi, tanto da rendere sorprendente l'ampiezza del dibattito svoltosi negli anni sul punto.

Il motivo della *querelle* è da ricercare non solo e non tanto nella formula onnicomprensiva dell'abrogato art. 2621 c.c., ma anche in un'infelice disposizione di legge di inizio anni Novanta e in una successiva non meditata pronuncia della Cassazione, intervenuta alcuni anni dopo.

L'art. 1, co. 5, d.P.R. 20 gennaio 1992, n. 23, nel concedere amnistia per i reati tributari commessi fino al 30 settembre 1991, estendeva la causa estintiva anche al reato di false comunicazioni sociali (oltre che a varie ipotesi di falsità in atti) quando tali reati fossero stati «*commessi per eseguire od occultare quelli previsti in materia di II. DD. e IVA, ovvero per conseguirne il profitto e fossero riferiti alla stessa pendenza tributaria*»[6]. Inevitabile che questa norma venisse interpretata da taluni come idonea a legittimare la possibilità di contestare in ogni caso il reato societario in concorso con quello tributario e nel solco di tale interpretazione si pronunciò nel 1998 la Cassazione[7] affermando – incautamente – che non sussistono ragioni per escludere l'Erario dai soggetti passivi del falso in bilancio. Di qui un diffuso e criticato ricorso all'azione penale in tal senso, sino a che la Corte tornò a ribadire il principio di specialità[8].

Tuttavia, i contrasti intervenuti avevano destato preoccupazione nel legislatore delegante, che inserì all'art. 11 l. n. 366/2001 tra i principi e criteri direttivi anche quello di «*regolare i rapporti della fattispecie con i delitti tributari in materia di dichiarazione*». Indicazione rimasta senza seguito con la riforma del 2002 ed anche con la successiva del 2015. Tuttavia, entrambe le nuove norme contengono riferimenti, nel primo caso, all'intenzione di «*ingannare i soci*

ferirsi ad altre sanzioni fiscali.

6 Le frequenti amnistie o cause di non punibilità tributarie hanno tradizionalmente reso non punibili le false comunicazioni sociali.

7 Cass. 1° settembre 1998, n. 9567.

8 «*Nel delitto di false comunicazioni sociali ex art. 2621 c.c. il dolo specifico consiste nella volontà di trarre in inganno ossia di determinare un errore nei soci o nei terzi in ordine alla effettiva situazione patrimoniale della società, accompagnata dal proposito di conseguire attraverso l'inganno un ingiusto profitto per sé o per altri, con correlativa messa in pericolo del bene giuridico tutelato. Ne consegue che detto reato non ricorre quando l'intenzione degli amministratori sia solo quella di ingannare il fisco, perché in questo caso il fatto integra la diversa ipotesi delittuosa di frode fiscale. Qualora invece alla volontà di evadere le imposte si accompagni un ulteriore intento di frode verso i soci o altri terzi non v'è dubbio circa la configurabilità di entrambi i delitti: a tal fine si impone ovviamente congruo accertamento della duplice direzione del citato dato*»: Cass. 25 febbraio 2000, n. 4128, che ha trovato conferma nella giurisprudenza successiva (Cass. 27 agosto 2001, n. 31953; Cass. 7 marzo 2002, n. 15099), senza pronunce contrarie sino ad oggi.

e il pubblico», nel secondo alle comunicazioni sociali non rispondenti al vero destinate «*ai soci o al pubblico*», tali da delimitare di per sé l'ambito dei destinatari.

Concludiamo sul punto con un riferimento alle fattispecie che hanno interessato le banche: la già ricordata vicenda di presunta frode fiscale (reato prescritto) che interessò il Monte dei Paschi di Siena può rappresentare un significativo esempio di concorso tra i due delitti: dissimulando una vendita di titoli, facendo figurare un prestito, si ottiene il risultato di abbellire il bilancio e nel contempo di realizzare un'evasione d'imposta. Altro esempio può essere ravvisato dal ricorso, da parte dello stesso soggetto in crisi, all'emissione di fatture per operazioni inesistenti da portare allo sconto in banca e contemporaneo utilizzo di analoghe fatture emesse da terzi. Una condotta di questo genere è finalizzata, da un lato, a simulare un fatturato inesistente e dunque condizioni economiche della società migliori di quelli reali, dall'altro ad esercitare indebitamente il diritto alla detrazione dell'IVA sulle false fatture emesse da terzi.

3 L'infedeltà patrimoniale prevista dall'art. 2634 c.c.

Mi rendo conto di essermi dilungato oltre il consentito e resta solo il tempo per poche battute sul delitto di infedeltà patrimoniale.

Si tratta, evidentemente, di una norma penale che protegge il patrimonio della società. Presupposto della condotta è il conflitto di interessi: deve preesistere all'atto dispositivo un interesse privato (non necessariamente patrimoniale) antitetico all'interesse della società di cui il soggetto agente (amministratore, liquidatore, direttore generale) avrebbe dovuto dare notizia *ex* art. 2391 c.c.[9]. Deve trattarsi di un atto dispositivo, non di un'omissione. L'elemento psicologico è dato da un duplice dolo: quello specifico del fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o altro vantaggio e quello intenzionale della causazione di un danno alla società[10].

La punibilità è a querela di parte: ci si chiede chi sia legittimato a proporla. Persona offesa è la società alla quale appartiene il patrimonio sociale. La proposizione della querela deve allora essere rimessa alla società[11], cioè all'assemblea dei soci alla quale spettano

9 Cfr. Cass. 25 ottobre 2011, n. 4244 e Cass. 6 maggio 2011, n. 20062.

10 La condotta deve essere sorretta dalla finalità «*di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o altro vantaggio*», «*cagionando intenzionalmente alla società un danno patrimoniale*».

11 Ma Cass. 9 novembre 2006, n, 37033 ha riconosciuto il diritto di querela anche al socio che subisce un depauperamento del proprio patrimonio: interpretazione discutibile, perché i soci non sono persone offese. Nello stesso senso cfr. però anche Cass. 23 agosto 2016, n. 35384.

le decisioni sulle responsabilità degli amministratori (cfr. artt. 2364 e 2393 c.c.).

Ne consegue che la previsione del dolo intenzionale e specifico da un lato e la procedibilità a querela della persona offesa dall'altro riducono i confini di applicabilità della norma incriminatrice, tanto più che l'atto «*di disposizione*» deve riguardare «*beni sociali*», non altri atti societari.

Nella previsione del secondo comma, i danneggiati sono i terzi titolari dei beni in relazione ai quali il fatto è commesso.

Per il terzo comma, il conseguimento di vantaggi derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo societario conseguiti o fondatamente prevedibili compensa il profitto della società collegata o del gruppo, eliminandone l'ingiustizia.

4 Conclusioni

Sia pure dopo un percorso tortuoso e dopo l'intervento delle Sezioni Unite del 2016, pare ora si sia raggiunto un quadro complessivo sufficientemente chiaro e idoneo a reprimere penalmente in futuro false comunicazioni sociali e rilevanti evasioni d'imposta nei casi previsti dalla legge, nonché ad individuare le condizioni alle quali i due diversi delitti possano concorrere tra loro, dovendosi disapplicare il principio di specialità. Nel presente, per i fatti commessi anteriormente alla riforma del 2015, in teoria rientranti nelle attuali previsioni ma per i quali si applica la normativa più favorevole dei previgenti artt. 2621 e 2622 c.c., le contestazioni dell'accusa scontano l'oggettiva debolezza di quest'ultima.

Non a caso si assiste, con riguardo a fatti di quel periodo, a frequenti contestazioni di aggiotaggio e ostacolo alle funzioni di vigilanza, in concorso con le false comunicazioni sociali, con risultati non sempre in linea con le aspettative dell'accusa.

Forse altre fattispecie di reato potrebbero configurarsi, soprattutto avendo riguardo ai reimpieghi dei profitti illeciti; ma sul punto lascio la parola all'Avv. Ravagnan, che tratterà proprio questo tema.

e-ISSN 2281-6100

Ricerche giuridiche
Vol. 7 – Num. 2 – Dicembre 2018

Crisi delle banche e reati di riciclaggio ed autoriciclaggio

Luigi Ravagnan
Avvocato del foro di Venezia

Dati i tempi ristretti e dopo, soprattutto, le relazioni che precedono, mi sono orientato a modificare in parte lo schema del mio intervento, dal momento che il Dott. Battistuzzi, affrontando il tema dei danni in relazione alle recenti vicende bancarie a tutti note, mi ha offerto un *assist* potente: parlando di danni, a cosa dobbiamo guardare?

Nel processo di Vicenza io ci sono perché rappresento una parte civile. Quel giudice di Vicenza già prima citato (e sempre che rimanga a Vicenza: ce lo dirà la Cassazione il prossimo 4 ottobre, all'esito dell'udienza relativa al legittimo sospetto) ha operato un importante *discrimen*: chi ha accettato la transazione con le banche (nel caso della Popolare di Vicenza ma anche di Veneto Banca penso siano decine di migliaia di persone) non ha titolo ad essere parte civile nel processo in corso ed è stato pertanto escluso – ovviamente in via preliminare – dalla possibilità di accertare in quella sede se vi sia stato o meno un danno. A ben vedere, però, a me il problema pare solo di quantificazione, dal momento che un danno indiscutibile vi è stato: il sostanziale *azzeramento* del capitale dell'ente. Certo, più nel dettaglio il giudice civile dovrà poi eventualmente esaminare che tipo di investimento era stato fatto, per quale importo, se meramente speculativo o con finalità di prudente accantonamento di risorse nel lungo termine, e così via. Non dimentichiamoci, tra l'altro, che in questo caso stiamo parlando di una banca popolare (per quanto da ultimo trasformatasi in società per azioni), come tale avente finalità mutualistiche precise, anche costituzionalmente protette.

Nella vicenda in questione un danno, a mio avviso, c'è stato, nei

Edizioni Ca'Foscari

Open access
© 2018 | Creative Commons Attribution 4.0 International Public License

Citation Ravagnan, Luigi (2018). "Crisi delle banche e reati di riciclaggio ed autoriciclaggio". *Ricerche giuridiche*, 7(2), 165-168.

DOI 10.30687/Rg/2281-6100/2018/02/005

confronti di tutti i soci della banca: c'è stato infatti, indubbiamente, un oggettivo impoverimento ai danni della società, cioè della banca, di dimensioni ciclopiche, determinatosi attraverso una serie di condotte, la cui prova è data dall'abbattimento del valore delle azioni sino alla soglia dell'azzeramento totale. Di qui, una volta ricostruita la genesi di quanto accaduto, la ravvisabilità della fattispecie dell'infedeltà patrimoniale di cui all'art. 2634 c.c..

Certamente l'infedeltà patrimoniale è procedibile a querela di parte, ma le querele presentate sono migliaia, come sa bene la Procura di Vicenza, e dunque per quel tipo di reato si può procedere. Piuttosto, occorre valutare se nei comportamenti tenuti dagli ex esponenti della banca sia ricorso o meno un conflitto di interesse, ma da questo punto di vista, qual è l'interesse primario della banca? La conservazione del patrimonio. La mia lettura è forse semplicistica, ma nel momento in cui vi è una – diciamo – distruzione non solo colposa, ma certamente colpevole del patrimonio, da un punto di vista oggettivo certamente quell'azione di quel vertice societario è stata in conflitto di interesse con la banca, che ha un interesse primario alla conservazione del patrimonio. A mio avviso, dunque, in questo tipo di situazioni la fattispecie dell'infedeltà patrimoniale degli amministratori è sempre riscontrabile.

E sennò? Sennò la Cassazione ce l'ha detto di quale altro reato dobbiamo parlare, e recentemente anche il Tribunale di Milano: se non c'è infedeltà patrimoniale di fronte a situazioni di degrado economico, di aggressività e di spoliazione economica, ricorre comunque la fattispecie dell'appropriazione indebita aggravata, punibile a querela solamente da aprile 2018 (che vergogna!, dico io, visto anche quando è aggravata *ex* art. 61, n. 11, c.p., nel caso di specie oggi ci vuole sempre una querela). Nonostante questa limitazione, il vedere in qualunque atto spoliativo quanto meno una appropriazione indebita aggravata, non può essere un elemento da trascurare.

Certamente qui stiamo parlando di banche, nelle quali in più di qualche caso i comportamenti scorretti sono di più difficile individuazione, di più difficile comprensione, di più difficile accertamento da un punto di vista giudiziario; ma ci sono anche alcuni comportamenti che sono di conclamata infedeltà, o comunque di appropriazione indebita. Abbiamo assistito, ad esempio, ad autoliquidazioni milionarie in euro di compensi nei confronti degli amministratori cessati dalla carica nell'imminenza del crollo delle società, quando ne era già conclamato lo stato di illiquidità: in situazioni di questo genere, mi pare che, qualora emerga la sussistenza di una situazione di insolvenza, non possano esservi dubbi nel configurare un'ipotesi di bancarotta, a mio avviso non è parimenti dubbio che un'autoliquidazione milionaria disposta nel momento in cui la banca sta crollando è una depredazione vera e propria dei beni della società. E che questo sia un reato grave, che come tale deve essere perseguito, ritengo non vi possa essere dubbio.

Un secondo esempio, molto rapido perché il tempo scorre inesorabile: dare un finanziamento di importo ingente agli amici, tanto più se senza avere nessun tipo di garanzia, e ciò anche in un momento nel quale la banca già versava in una situazione di difficoltà. Anche in questo caso, francamente, io vi vedo una depredazione.

Ed ancora, un ultimo esempio: la restituzione di valore completo dell'azione ad alcuni soci (magari anche per milioni di euro) rispetto ad altri. Anche questo comportamento, che in un ambito di bancarotta si configurerebbe come bancarotta preferenziale, costituisce una condotta oggettivamente spoliativa, che non può non essere punita e che ha generato un danno. Come dicevo, io vi vedo un'infedeltà patrimoniale, ma se anche non si condividesse questa conclusione rimarrebbero pur sempre tutti gli elementi del reato di appropriazione indebita aggravata.

Di qui una possibile conseguenza, che dà ragione del titolo di queste mie considerazioni. Chiediamoci infatti: che sorte hanno avuto i denari così percepiti e i vantaggi economici così raggiunti da quegli amministratori? A mio avviso, l'utilizzo di quei benefici illecitamente conseguiti non può che essere oggetto del reato di riciclaggio, o di autoriciclaggio se da parte dello stesso autore del reato a monte. Siccome sappiamo poi che questi ex esponenti bancari hanno spesso cercato di liberarsi immediatamente del "malloppo" in modo da evitare di essere raggiunti da misure patrimoniali di carattere ablativo, talvolta costoro hanno coinvolto in tali operazioni altri soggetti a loro molto vicini, alcuni dei quali addirittura esperti economisti laureati in prestigiose università internazionali, che come tali non potevano non comprendere e non sapere che quel denaro o quella utilità rappresentasse un risultato diretto di un approfittamento della situazione di dissesto della banca coinvolta.

Certo nel 2018 la Cassazione (con la sentenza della Seconda sezione penale n. 17235 del 17 gennaio 2018) ci ha insegnato che non c'è possibilità di concorso nel reato di autoriciclaggio in capo a colui il quale è terzo rispetto al soggetto, per così dire, *intraneus* (cioè al soggetto che effettivamente opera l'appropriazione). Tuttavia tale avente causa risponderà senza dubbio di riciclaggio e l'importanza di questa soluzione giuridica la vediamo tutti, perché il danno ingentissimo che è derivato da tali operazioni trova spazio per essere sanzionato secondo la normativa antiriciclaggio, la quale è immediatamente applicabile.

Tale normativa infatti, anche secondo la più recente interpretazione giurisprudenziale (Cass. Pen., Sez. II, 9 agosto 2018, n. 38422), amplia l'ambito di sanzionabilità, come riciclaggio od autoriciclaggio, anche a tutte quelle attività di riutilizzo dei fondi illecitamente percepiti che vadano al di là di un minimo consumo personale. Ciò significa che in quel caso l'autore del fatto illecito primigenio e presupposto risponderà del reato di autoriciclaggio, mentre i suoi aventi causa potrebbero essere chiamati a rispondere del reato di riciclag-

gio, non essendo possibile alcun concorso di costoro nel reato di autoriciclaggio attribuibile al loro dante causa.

Credo allora che sia possibile, e che anzi si debba, fare un passo avanti: si debba uscire cioè dalle sabbie mobili di reati di cotanta difficoltà (quei reati di cui abbiamo parlato prima, come le false comunicazioni, che sono una sorta di "reati sintomo") andando a guardare il danno determinato dalle condotte. Un danno effettivo vi è stato, vi è una responsabilità? Sì, proprio perché ci sono state delle condotte non conformi alle regole di prudenza e comunque alla trasparenza nella gestione della banca. Il mio, pertanto, più che un invito o un grido in sé, è un appello alla volontà di arrivare a una concreta applicazione della tutela penale delle vittime del reato, perché di fronte ad una concreta spoliazione non ci possono essere vie di fuga.

Poi sarà semmai il singolo a dover affrontare un rovesciamento dell'onore della prova, un po' come accade nei reati fallimentari, dove colui che ha provocato quel danno deve dare dimostrazione sia che tale danno non è ascrivibile ad una sua responsabilità, sia soprattutto che non sta godendo né ha goduto del relativo profitto. Da questo punto di vista, dunque, a mio avviso abbiamo un problema probatorio in meno di cui dover tenere conto.

e-ISSN 2281-6100

Interventi

Alberto Urbani

Terminate le relazioni in programma, si è pensato di proporre ai presenti una serie piuttosto variegata di interventi. Si tratta – così vorremmo intenderle – di brevi "punture di spillo", giacché chi interverrà si soffermerà in breve su alcuni punti molto specifici, ovviamente tutti connessi al tema che stiamo affrontando seppure da prospettive tra loro molto diverse.

e-ISSN 2281-6100

Ricerche giuridiche
Vol. 7 – Num. 2 – Dicembre 2020

La confisca del profitto da reato nei casi di riciclaggio ed autoriciclaggio

Francesco Colaianni
Avvocato del foro di Milano

Intendo collegarmi alle ultime parole della relazione dell'Avv. Ravaa gnan tornando sul tema del riciclaggio, dell'autoriciclaggio e della confisca prevista *ad hoc* per questi reati. Come tutti sappiamo, la confisca è una misura sanzionatoria, e nei casi di cronaca che abbiamo esaminato costituirebbe la vera sanzione. L'ha già accennato il Prof. Perini: prima e più che la pena detentiva, la sanzione molto spesso è la confisca, oltre ad essere lo strumento per reperire ulteriori risorse al fine di risarcire le persone eventualmente danneggiate.

Cerco di attenermi alla natura *spot* dell'intervento e mi limito pertanto a qualche breve spunto di riflessione.

La norma codicistica che viene in rilievo è l'art. 648-*quater* c.p., la quale prevede, per i reati di riciclaggio, autoriciclaggio e impiego di denaro – sempre automaticamente nei casi di condanna o applicazione della pena su richiesta – la confisca del prodotto o del profitto del reato di riciclaggio o simili; quando non è possibile individuare il profitto opera la confisca cosiddetta di valore, ossia la confisca per equivalente fino alla concorrenza dell'importo che si intende individuato.

Come abbiamo intuito per quanto il passaggio sia stato semplicemente accennato nelle precedenti relazioni, a parte la misura di sicurezza *ex* art. 240 c.p., in tutte le confische di natura sanzionatoria o para-sanzionatoria, il centro del tema è la nozione di profitto. In campo tributario sul punto ci si è dilungati moltissimo e si è scritto moltissimo, ma anche nella materia che oggi trattiamo occorre esa-

Edizioni Ca'Foscari

Open access
© 2018 | Creative Commons Attribution 4.0 International Public License

Citation Colaianni, Francesco (2018). "La confisca del profitto da reato nei casi di riciclaggio ed autoriciclaggio". *Ricerche giuridiche*, 7(2), 173-176.

DOI 10.30687/Rg/2281-6100/2018/02/006

minare in cosa consista il profitto. Al riguardo richiamo una recentissima sentenza della Cassazione del luglio di quest'anno, la quale per la prima volta opera un *distinguo* tra il profitto di autoriciclaggio e il profitto di riciclaggio. In tema ho recentemente pubblicato un lavoro su tutte le forme di confisca più o meno connesse con i reati tributari, sollevando il seguente problema: attenzione, perché nel caso di autoriciclaggio c'è il rischio di procedere alla confisca una seconda volta dei beni già oggetto di confisca del reato presupposto, che può sì essere un reato tributario, ma nei casi di cui ci stiamo occupando anche il reato di cui all'art. 2634 c.c., l'appropriazione indebita aggravata, l'infedeltà patrimoniale, ed altri.

Effettivamente l'autoriciclaggio – e quindi il relativo profitto – comprenderebbe un qualche cosa di più, perché è l'incremento di valore rispetto alla somma illecita oggetto del reato presupposto. Il mio quesito, quindi, era: si confisca tutto più gli interessi? La Cassazione fortunatamente ha risposto di no, proprio perché l'autoriciclaggio costituisce una deroga al divieto di *bis in idem*, e quindi è la punizione più o meno della stessa condotta nei confronti dello stesso soggetto, il che ha una giustificazione soltanto quando il bene, il denaro, la ricchezza di provenienza illecita (perché conseguente alla commissione di altro reato presupposto) viene reimmessa nel circuito economico. Soltanto in questo caso si configura, e si punisce, il delitto di autoriciclaggio. Parallelamente la Cassazione dice: soltanto il conseguente profitto, quindi l'incremento di valore, la maggior utilità derivante dal reato presupposto, può costituire oggetto di confisca (e prima di sequestro) conseguente al reato di autoriciclaggio.

Un dubbio nasce tuttavia qualora il reato presupposto si prescriva: in tal caso, che cosa si confisca? Sempre e solo quella plusvalenza, quel plusvalore o l'intero? Secondo il tenore di questa sentenza della Cassazione che sto richiamando, pronunciata il 7 giugno 2018 e depositata il 5 luglio 2018 dalla Seconda sezione, sembrerebbe che il profitto confiscabile rimarrebbe semplicemente il plusvalore, la plusvalenza e dunque la maggior utilità.

Diverso però è il discorso nel caso di riciclaggio, perché abbiamo visto che il concorrente, chi cioè aiuta l'autoriciclatore, non può rispondere di concorso in autoriciclaggio, ma risponde di riciclaggio in via autonoma, almeno secondo quella sentenza – ben fatta, mi permetto di dire – citata prima dall'amico Ravagnan. Se questo è vero, nel caso del riciclaggio le cose allora cambiano completamente: qui infatti il profitto coincide con il denaro derivante dal reato presupposto, quindi con la ricchezza illecitamente conseguita dal reato presupposto e non importa – dice la Cassazione – se poi il soggetto condannato per riciclaggio abbia goduto di questa somma solo in minima parte. Si tratta di un arresto assolutamente pacifico in giurisprudenza. Il valore del profitto del primo reato, dunque, si identifica col valore del secondo, cioè del riciclaggio.

Un'ultima cosa ed arrivo alla conclusione. A fianco della confisca *ex* 648-*quater* c.p. che, come tutti sappiamo, colpisce la persona fisica, il rappresentante legale o il dirigente o soggetto apicale o altri che abbia commesso il reato, nei casi di riciclaggio, autoriciclaggio e simili si pone la confisca a carico dell'ente, perché l'art. 25-*octies* d.lgs. n. 231/2001 prevede nel catalogo dei reati per cui l'ente viene considerato responsabile, penalmente o parapenalmente, anche i delitti di cui agli artt. 648-*bis*, *ter* e *ter*.1 c.p., quindi riciclaggio, autoriciclaggio e trasferimento di denaro. Si tratta dell'art. 19 d.lgs. n. 231/2001, che tutti conosciamo, il quale trova il suo contraltare cautelare nell'art. 53 dello stesso decreto legislativo che prevede il sequestro finalizzato alla confisca. Anche in questo caso possiamo parlare non solo di confisca diretta ma anche di confisca per equivalente e anche in questo caso la confisca sostanzialmente segue la stessa nozione di profitto del reato presupposto. In caso di autoriciclaggio avremo come profitto confiscabile a carico dell'ente solo la plusvalenza, la maggiore utilità; in caso di riciclaggio il profitto confiscabile si identifica invece interamente col profitto del reato presupposto.

e-ISSN 2281-6100

e-ISSN 2281-6100

Ricerche giuridiche
Vol. 7 – Num. 2– Dicembre 2020

Responsabilità dal reato dell'Ente secondo il d.lgs. n. 231/2001

Giuseppe Galla
Già professore a contratto di Tecnica professionale in ambito tributario nell'Università del Piemonte Orientale

Cercherò di trasformarmi in una zanzara, nel senso che mi limiterò a delle "punturine" su alcuni aspetti che sono stati trattati nelle relazioni e negli interventi che mi hanno preceduto, e che peraltro agevolano il mio breve contributo in tema di responsabilità da reato riconducibile agli enti – e più specificamente agli istituti bancari – in applicazione del d.lgs. n. 231/2001.

Si è già acutamente parlato di reati societari ed è già stato fatto cenno al problema del "mendacio in bilancio" e dei possibili presidi di rischio mediante l'adozione di preventivi modelli organizzativi e di gestione e l'istituzione dell'Organismo di vigilanza al fine di essere esonerati dalla predetta responsabilità.

È stato anche già detto che nel "catalogo" dei reati presupposto di cui al d.lgs. n. 231/2001 vanno ricompresi non solo i reati societari, ma anche ad esempio i reati da manipolazione del mercato, di ostacolo alle funzioni di vigilanza e le varie fattispecie di riciclaggio.

Sulla natura di tale responsabilità possiamo affermare che si è in presenza di una responsabilità punitiva che troverà applicazione in sede penale, pur non assumendo lo schema penalistico.

Per poter affermare la predetta responsabilità a carico dell'ente (qui, di una banca), il reato presupposto deve essere commesso da persone fisiche che rivestano funzioni di rappresentanza, amministrazione, direzione o controllo (anche di fatto) dell'ente stesso, op-

Edizioni Ca'Foscari

Open access
© 2018 | Creative Commons Attribution 4.0 International Public License

Citation Galla, Giuseppe (2018). "Responsabilità dal reato dell'Ente secondo la legge 231/2001". *Ricerche giuridiche*, 7(2), 177-180.

DOI 10.30687/Rg/2281-6100/2018/02/007

pure soggetti apicali di sue aree organizzate di autonomia funzionale e finanziaria), ma anche da persone fisiche sottoposte alla direzione o vigilanza dei soggetti apicali o che operano per nome e per conto dell'ente in virtù di un mandato o di un qualsiasi accordo di collaborazione.

Nella sua relazione il Prof. Perini ha opportunamente richiamato la sentenza relativa alla vicenda giudiziaria collegata alla Banca Italease, che risale all'anno 2010 ma che è emblematica e tuttora di grande attualità. Le motivazioni di quella pronuncia contenute nella parte dedicata alla responsabilità per "colpa nell'organizzazione" risultano determinanti per comprendere la inderogabile necessità ed il dovere dell'ente di autoorganizzarsi e di dotarsi di modelli in conformità al d.lgs. n. 231/2001.

D'altro canto, l'inquietante problema delle crisi bancarie e della sua rilevanza penale nasce spesso da comportamenti illeciti dei soggetti apicali e/o dei dipendenti che coinvolgono la società bancaria, la quale, in assenza di un codice di autodisciplina e di adeguate funzioni di controllo interno, risulterà colpevole della cattiva organizzazione con la conseguente responsabilità che definiamo amministrativa ma che trova, come detto, i suoi confini definitori in ambito penale, sia per quanto riguarda la procedura che ciò che attiene all'applicabilità delle sanzioni. Ne discende che nelle sentenze di riferimento viene censurato e stigmatizzato il comportamento degli istituti bancari coinvolti per non avere predisposto modelli organizzativi adeguati o quanto meno per non averli applicati, sicché le banche non hanno potuto dimostrare che i reati fossero stati commessi dai soggetti apicali in violazione del modello organizzativo di gestione e controllo dei rischi derivanti dai reati presupposto, contenuti nel catalogo espressamente previsto nel predetto decreto.

In concreto, si è in presenza di una responsabilità punitiva "presuntiva" dell'ente per i reati commessi dai soggetti apicali e dunque sarà a carico dell'ente l'onere di dimostrare la sua estraneità, previa esibizione dei modelli organizzativi conformi ai dettami del decreto. Invece, se i reati sono stati commessi dai sottoposti, spetterà all'Organo inquirente dimostrare l'esistenza di carenze organizzative ovvero che v'è stata mancata vigilanza da parte dei soggetti apicali nei confronti dei sottoposti; accanto alla responsabilità di tali soggetti per la mancata o inadeguata vigilanza circa il rispetto del modello, emergerà inoltre la responsabilità dei componenti dell'Organismo di Vigilanza.

D'altronde, le motivazioni della richiamata sentenza pongono in evidenza come i soggetti apicali avessero potuto commettere i reati – per i quali erano stati comunque adottati presidi di rischio nel modello organizzativo, ma non adeguatamente vigilati – a causa della colpevole organizzazione dei soggetti preposti. In altri termini, in tal modo risultava possibile utilizzare percorsi agevoli per persegui-

re interessi estranei all'ente. Non è possibile, per ragioni di tempo, entrare nel merito della giurisprudenza che ha esaminato il tema degli «*interessi e dei vantaggi*»; qui segnalo unicamente anche il tema del semplice "mendacio", riconosciuto come strettamente connesso al "falso in bilancio" che è l'illecito costituente la violazione presupposto indicata espressamente dalla l. n. 231/2001.

É noto infatti che le valutazioni estimative sono le più insidiose e derivano appunto da stime e valutazioni che possono non essere ritenute, in sede penale, aderenti ai criteri indicati nei principi contabili, adottati e certificati dai dottori commercialisti ed esperti contabili, criteri elevati a livello di fonte normativa: pertanto, le valutazioni estimative integreranno la falsa rappresentazione del bilancio.

Come è possibile dunque eseguire stime e valutazioni in sintonia e conformità con i predetti principi contabili? La soluzione adottata da molte società, contenuta nel capitolo dedicato al presidio di tali rischi, in applicazione delle disposizioni del d.lgs. n. 231/2001, si traduce nella scelta di sottoporre preventivamente le valutazioni estimative ai pareri ed alla condivisione di autorevoli esperti, con competenze multidisciplinari. In tal modo, di fronte alle contestazioni che potrebbero sopraggiungere in quanto le valutazioni si discostassero da questi principi e dunque si configurasse la fattispecie del reato di falso in bilancio, si potrà sostenere che i criteri di valutazione sono stati adottati dopo aver acquisito anche la condivisione di professionisti esperti nell'ambito del diritto societario e del diritto penale, la cui assistenza tecnica e professionale offre garanzie di obiettività e di non soggettività.

In definitiva, anche alla luce delle sentenze richiamate nel corso dell'odierno convegno, possiamo comprendere chiaramente che per ottenere "esimenti" dalla responsabilità amministrativa, a prescindere dalla loro obbligatorietà, è ormai ineludibile attivare seri modelli organizzativi di gestione e controllo, presidiati da un efficace e valido Organismo di Vigilanza.

D'altro canto, è noto che, il testo vigente dell'art. 2428 c.c. già impone agli amministratori di indicare nella relazione di bilancio di esercizio «i principali rischi e le incertezze cui la società è esposta», precisando altresì «in relazione all'uso da parte della società di strumenti finanziari per la valutazione della situazione patrimoniale e finanziaria e del risultato economico dell'esercizio».

e-ISSN 2281-6100

Ricerche giuridiche
Vol. 7 – Num. 2 – Dicembre 2018

Profili di responsabilità non penale dell'organo di controllo della banca

Diego Manente
Avvocato del foro di Venezia. Professore a contratto di Diritto commerciale nell'Università Ca' Foscari Venezia

La mia connotazione di "non penalista" spiega la scelta del tema che intendo proporvi. Ho pensato di portare infatti un contributo che, pur nella sua brevità, potesse offrire qualche spunto di approfondimento tanto al civilista quanto al penalista, parlando del ruolo e delle funzioni dell'organo di controllo (*in primis*, quindi, del collegio sindacale) della banca dal punto di vista del procedimento sanzionatorio amministrativo, sulla base di una ricognizione di alcuni canoni comportamentali fondamentali disegnati dalla giurisprudenza. In particolare, farò riferimento a talune recenti decisioni della nostra Corte d'Appello (ad es. sentenza 29 marzo 2018, n. 33), rese in sede di opposizione a provvedimenti sanzionatori dell'autorità di vigilanza, nel caso specifico la CONSOB; decisioni che a mio avviso me enucleano in modo molto lucido alcuni princìpi fondamentali che vi vorrei evidenziare.

Il primo di tali princìpi, che nasce dalla difesa svolta da alcuni degli incolpati, riguarda i rapporti, nell'ambito della banca, tra le funzioni interne di controllo (soprattutto quella di *compliance* e l'*internal audit*) e il collegio sindacale. Una tesi difensiva che spesso viene proposta in questo tipo di procedimenti è quella infatti per la quale il collegio sindacale lamenta di non essere stato sufficientemente informato dalle funzioni di vigilanza interne. Ora, in campo bancario, nel campo degli intermediari finanziari più in generale, accanto agli obblighi a contenuto generico che gravano sul collegio sindacale, quelli

Edizioni Ca'Foscari

Open access
© 2018 | Creative Commons Attribution 4.0 International Public License

Citation Manente, Diego (2018). "Profili di responsabilità non penale dell'organo di controllo della banca". *Ricerche giuridiche*, 7(2), 181-184.

DOI 10.30687/Rg/2281-6100/2018/02/008

cioè stabiliti dall'art. 2403 c.c., ve ne sono anche a contenuto specifico che si correlano a due criteri fondamentali di gestione, tanto della banca quanto degli intermediari finanziari o della banca che esercita anche attività di intermediazione finanziaria: alludo al criterio di «*sana e prudente gestione*», al cui rispetto sovrintendono, come tutti sappiamo, la Banca d'Italia ed ora anche la Banca Centrale Europea, e al criterio della trasparenza e della correttezza dei comportamenti, la cui supervisione è invece condivisa da queste con la CONSOB (artt. 5 e 127 t.u.b.; art. 5 t.u.f.). In funzione di questi due criteri in capo al collegio sindacale della banca è posto un obbligo a contenuto specifico, quello cioè di informativa all'autorità di vigilanza di atti o fatti di cui l'organo sindacale «*venga a conoscenza nell'esercizio dei propri compiti, che possano costituire o una irregolarità di gestione della prospettiva bancaria o una violazione di norme*» disciplinanti l'attività bancaria o la prestazione dei servizi di investimento (art. 52 t.u.b.; art. 8 t.u.f.). Ed è proprio la previsione di questo obbligo a contenuto specifico – per usare le parole delle *Disposizioni di vigilanza* – che costituisce un raccordo funzionale tra l'autorità pubblica di supervisione e l'organo di controllo interno, così connotando in modo peculiare i doveri comportamentali del collegio sindacale. In questo modo infatti l'attività di controllo diventa un avamposto della funzione di vigilanza preventiva che eserciteranno poi le autorità di settore.

Ciò spiega perché una linea di difesa del tipo di quella che vi ho proposto prima (cioè: «le funzioni di controllo preposte non hanno segnalato ecc.») è evidentemente incompatibile con il ruolo dell'organo di controllo della società bancaria per come configurato dalla normativa speciale. Le ricordate decisioni della Corte d'Appello di Venezia, riprendendo principi elaborati dalla Corte di Cassazione negli ultimi mesi (v. es. Cass. 7 marzo 2018, n. 5357), in sostanza affermano che le funzioni di controllo interno (*internal audit* e *compliance*) sono funzioni di supporto tecnico al collegio sindacale, ma il collegio sindacale è in una posizione sovraordinata rispetto ad esse e deve autonomamente attivarsi, sia per verificare l'attendibilità e la rispondenza dei dati che provengono dai flussi informativi, sia di vagliare la veridicità e la completezza di tali dati. Ecco allora che, in tutta evidenza, i doveri comportamentali del collegio sindacale di una banca assumono una colorazione che in una "normale" società munita di collegio sindacale non è invece richiesta.

Il secondo principio che viene in considerazione è quello che riguarda l'elemento soggettivo, di cui abbiamo sentito parlare prima. Per il tipo di violazioni di cui stiamo parlando, la conclusione a cui arriva la Suprema Corte (v., per tutte, Cass., SS.UU. 30 settembre 2009, n. 20930) è che, in presenza di doveri comportamentali specifici quali sono quelli previsti dal Testo unico bancario e da quello della finanza, pur essendo richiesta la prova dell'elemento soggettivo, una volta dimostrata la sussistenza dell'elemento materiale scatta in

buona sostanza una presunzione di colpa, che inverte l'onere probatorio ponendolo a carico dell'organo di controllo. È un po' lo stesso ragionamento che si faceva prima: è l'organo di controllo che, a quel punto, deve dimostrare di avere bene esercitato le sue funzioni; ma si tratta di una *probatio diabolica*, perché se tutto quello che si è verificato viene dimostrato, alla luce delle prescrizioni di cui parlavamo prima l'ostacolo diventa insuperabile.

e-ISSN 2281-6100

e-ISSN 2281-6100

Ricerche giuridiche
Vol. 7 – Num. 2 – Dicembre 2018

Crisi bancarie e sanzioni CONSOB

Alessandra Mereu
Avvocato del foro di Genova

Il tema di questo mio intervento è quanto mai attuale, dal momento che proprio domani entreranno in vigore le modifiche al Testo unico della finanza apportate dal d.lgs. 10 agosto 2018, n. 107 attuativo della legge delega n. 163/2017 per adeguare il nostro ordinamento alle disposizioni contenute nel regolamento UE n. 596/2014 sugli abusi di mercato. Le innovazioni introdotte sono molteplici, ma le principali riguardano proprio le sanzioni e in particolare il tema del concorso tra sanzioni amministrative e sanzioni penali e dunque coinvolgono la problematica attuazione nel nostro ordinamento del principio *ne bis in idem*, che è un principio di natura giurisprudenziale trasformatosi da principio eminentemente processuale, come vedremo, a garanzia di tipo sostanziale.

Per riuscire a comprendere la portata delle modifiche in vigore da domani (in particolare il nuovo art. 187-*terdecies* t.u.f.) bisogna fare un passo indietro e riconsiderare brevemente il previgente impianto sanzionatorio del Testo unico e quale sia stata al riguardo l'evoluzione giurisprudenziale del principio del *ne bis in idem*, soprattutto alla luce di una sentenza della Corte di Giustizia del marzo di quest'anno. Come sapete, il Testo unico della finanza prevede diversi reati, i principali dei quali (mi riferisco all'abuso di informazioni privilegiate e alla manipolazione del mercato) sono puniti sia a livello amministrativo sia a livello penale; il legislatore nazionale, pertanto, ha seguito la strada della tipizzazione sovrapponibile del fatto penale e del fatto illecito amministrativo, sancendo dunque normativamente la san-

Edizioni Ca'Foscari

Open access
© 2018 | Creative Commons Attribution 4.0 International Public License

Citation Mereu, Alessandra (2018). "Crisi bancarie e sanzioni CONSOB". *Ricerche giuridiche*, 7(2), 185-188.

DOI 10.30687/Rg/2281-6100/2018/02/009

zionabilità del medesimo fatto sia in sede amministrativa che in sede penale. Ci sono alcune poi disposizioni di raccordo tra i due tipi di procedimento: abbiamo infatti l'art. 187-*septies* che stabilisce un dovere di coordinamento e di collaborazione tra la CONSOB e l'autorità giudiziaria ed inoltre i due procedimenti possono procedere parallelamente, non essendovi il dovere di sospensione dell'uno quando è in corso l'altro avente a oggetto, in ipotesi, i medesimi fatti storici.

Come tutti ricorderete, questo sistema del c.d. "doppio binario" in tema di sanzioni CONSOB – ma lo stesso vale anche in ambito tributario – aveva vacillato all'indomani della "sentenza Grande Stevens" della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, avendo questa esplicitamente affermato che il principio del *ne bis in idem*, di cui all'art. 4 del VII protocollo della stessa CEDU, impedisce l'instaurazione di un procedimento penale nel caso in cui nei confronti del medesimo soggetto e in relazione alla stessa condotta materiale sia già stata erogata una sanzione amministrativa; amministrativa però solo formalmente, perché in realtà dal punto di vista sostanziale le caratteristiche e la gravità della sanzione irrogata (date le sottostanti finalità di deterrenza), erano tali da renderla assimilabile ad una sanzione penale. All'indomani di tale decisione, dunque, ci si era posti il problema di capire come poter modificare quei sistemi, come appunto il nostro (sia penale tributario che in materia di "illeciti CONSOB") che invece sono fondati sul doppio binario.

Ebbene questo principio è stato tuttavia ridimensionato, come dicevo in apertura, da principio processuale (quindi da principio che impediva l'instaurazione di un secondo procedimento quando a monte ci fosse già stata una condanna con sanzione amministrativa per gli stessi fatti) a garanzia di tipo sostanziale. Perché? Rileva al riguardo un'altra sentenza della Corte EDU (del 15 novembre 2016, A e B contro Norvegia), la quale ha precisato che la violazione del *ne bis in idem* non ricorre per il solo fatto che vi sono due procedimenti, purché tra il procedimento penale e quello amministrativo sussista una connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta. Cosa significa? La Corte ci dice che è ben possibile e legittimo che un ordinamento (come fa appunto il nostro) preveda un doppio procedimento e quindi una doppia sanzione, purché però i due procedimenti siano due aspetti della stessa medaglia e quindi purché vi sia una connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta, tale per cui l'imputato da una parte e il ricorrente dall'altra non sia afflitto a distanza di tempo da un doppio procedimento e quindi da una doppia sanzione. E ci dice anche quali sono i criteri alla luce dei quali ci può essere questa *strict connection*: precisa infatti che i due procedimenti devono perseguire scopi complementari e quindi devono avere ad oggetto differenti aspetti della medesima condotta antisociale; aggiunge che la duplicità dei procedimenti deve essere prevedibile e deve essere una prevedibile conseguenza della stessa

condotta; ancora, ci deve essere coordinamento tra le autorità nonché una proporzione nella comminazione della pena, sicché l'autorità che interviene per seconda deve tenere in considerazione la sanzione che nel procedimento amministrativo sia già stata inflitta.

Questo nuovo principio, questo *ne bis in idem* letto in chiave sostanziale, si traduce quindi in un sistema integrato che permette di affrontare i diversi aspetti dell'illecito nelle due diverse sedi. In materia è intervenuta la Corte di Giustizia una pronuncia del 20 marzo 2018, Corte alla quale era stato chiesto, anche nelle conclusioni dell'Avvocato Generale, una più stretta puntualizzazione di questa *strict connection*, enunciata dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in modo invero piuttosto vago e poco tassativo. I casi, i rinvii che la Corte di Giustizia ha dovuto analizzare, erano tutti casi di doppia sanzione: il primo, la causa Menci, vedeva un soggetto che era stato condannato in via definitiva per il reato di omesso versamento di ritenute, soggetto che era ricorso contro la sanzione amministrativa; gli altri due invece, Garlsson-Real Estate e Di Puma e Zecca, avevano ad oggetto proprio una vicenda di abuso di informazioni privilegiate. Di questi, in un caso vi era stata una sentenza definitiva di patteggiamento, e quindi il soggetto imputato aveva già pagato la pena in sede di patteggiamento, avendo però poi ricevuto anche un provvedimento sanzionatorio emesso dalla CONSOB; nell'altro invece i soggetti erano stati assolti in sede penale e ciò nonostante la CONSOB aveva comunque avviato un procedimento sanzionatorio per i medesimi fatti.

La Grande Sezione della Corte di Giustizia ripercorre sostanzialmente quanto detto dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e quindi ci dice che il cumulo di sanzioni penali non costituisce *tout court* una violazione del principio del *ne bis in idem* europeo. E ciò perché – riprendendo un po' quei criteri che erano già stato enunciati dalla Corte Europea – le limitazioni al *ne bis in idem* sono da ritenersi giustificate quando vengono perseguiti interessi di carattere generale, come può essere appunto la tutela dell'Iva nel caso Menci o quella del mercato finanziario negli altri casi considerati. Anche qui la Corte insiste sul coordinamento e sul principio di proporzione della pena.

Andando però ad analizzare un po' più nello specifico i due casi riguardanti l'abuso di informazioni privilegiate, si vede come la Corte abbia ritenuto effettivamente eccessiva la pena inflitta al soggetto imputato in sede penale e quella poi in sede amministrativa. Eccessiva perché la norma in vigore fino ad oggi (ma da domani sostituita dalla nuova disposizione che entrerà in vigore), l'art. 100-*terdecies* t.u.f., stabiliva che quando per lo stesso fatto fossero state applicate una multa e una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale ci doveva essere una proporzione, per l'appunto, nell'applicazione delle seconde. Il vecchio articolo che da domani non sarà più in vigore si riferiva tuttavia soltanto alle sanzioni pecuniarie; il nuovo te-

sto invece, ora introdotto, parla di necessità di una proporzionalità e quindi impone che il secondo giudice, sia esso l'autorità giudiziaria o quella amministrativa, debba tenere in considerazione tutte le tipologie di sanzioni, sia amministrative che penali, aggiungendo inoltre anche le sanzioni che possono essere applicate *ex* d.lgs. n. 231/2001.

Personalmente ritengo che questa normativa, limitandosi soltanto a recepire i "*dictat*" rivenienti dalla Corte di Giustizia sotto il profilo della proporzionalità della pena, rappresenti una occasione mancata: un'occasione mancata perché si lascia una discrezionalità amplissima al giudice sia nella determinazione della pena, sia soprattutto nel decidere quando si sia in presenza o meno di quella *strict connection* di cui abbiamo parlato, stretta connessione tra procedimenti che, sola, giustifica per l'appunto la non violazione del principio del *ne bis in idem*.

e-ISSN 2281-6100

e-ISSN 2281-6100

Ricerche giuridiche
Vol. 7 – Num. 2 – Dicembre 2018

La competenza per territorio nel reato di ostacolo alle funzioni di vigilanza: brevi suggestioni

Nicola Zilio
Avvocato del foro di Trento

Come preannunciato, intenderei proporre qualche spunto di rifless sione su taluni aspetti processuali di un reato già ben descritto quest'oggi, quello cioè di cui all'art. 2638 c.c..

Abbiamo visto infatti in precedenza quali sono gli elementi costitutivi di questo reato grazie alle relazioni del Prof. Perini e del Dott. Battistuzzi. Un punto importante, però, è che occorre tener conto di dove sono celebrati i processi che hanno per oggetto le accuse di cui ci stiamo occupando, partendo innanzitutto dalla considerazione che individuare la competenza per territorio non è un fatto scontato. Se facciamo questa domanda ad un "praticone" (evidentemente nel senso deteriore del termine) ci risponderebbe «se posso, individuo la competenza dove mi fa più comodo»; e si capisce, anche perché scegliere un luogo rispetto ad un altro può avere molti vantaggi per la difesa. Ad esempio perché indirettamente ci può consentire di evitare un ambiente che magari viene percepito particolarmente ostile all'imputato; oppure per bypassare un giudice che è considerato un po' rigido su alcune materie o alcuni aspetti o anche un Pubblico Ministero molto agguerrito, che ha seguito e diretto le indagini e che quindi conosce perfettamente tutte le dinamiche del caso; o ancora più banalmente per lucrare un po' di prescrizione.

Ma vediamo allora se possiamo davvero provare a fare un po' di

Edizioni Ca'Foscari

Open access
© 2018 | Creative Commons Attribution 4.0 International Public License

Citation Zilio, Nicola (2018). "La competenza per territorio nel reato di ostacolo alle funzioni di vigilanza: brevi suggestioni". *Ricerche giuridiche*, 7(2), 189-194.

DOI 10.30687/Rg/2281-6100/2018/02/010

forum-shopping e sceglierci dove far celebrare questi processi. Gli avvocati presenti sanno che con i reati di truffa, per molti anni ed in parte ancora oggi, ciò è stato un obiettivo possibile: talvolta si può sostenere che è rilevante il luogo in cui c'è stata la *deminutio patrimonii*, a volte invece il luogo di incasso dell'assegno o l'arricchimento, altre ancora è stato posto in essere l'artificio o raggiro; e neppure le Sezioni Unite o gli orientamenti pubblicati dalla Procura Generale della Cassazione sono riusciti a risolvere in modo definitivo le storiche diatribe in materia. Tornando però al reato di ostacolo alla vigilanza, chiediamoci dunque se anche con questa fattispecie si può "giocare" con la competenza.

Sul punto vi voglio citare tre processi recenti, che ritengo essere esempi paradigmatici della possibilità di affrontare questo tema in modi completamente diversi tra loro.

Parto però con un procedimento che non riguarda banche, ovvero il processo c.d. Tim-Telecom. Nel caso qualcuno non lo conosca, in esso il Collegio della Sezione III di Milano ha accolto l'eccezione di incompetenza territoriale avanzata dalle difese, disponendo la trasmissione degli atti a favore del P.M. di Roma[1] e dunque contraddicendo il provvedimento del G.U.P. nello stesso procedimento il quale, a fronte della medesima eccezione, l'aveva invece respinta ritenendola infondata[2]. Gli imputati erano gli ex vertici della società Telecom Italia Spa con sede a Milano, costituita parte civile nel processo mentre l'autorità garante e controllante era l'A.G.Com. di Roma. La questione quindi era l'individuazione del foro competente tra Milano e Roma e se ne è dibattuto in ben tredici pagine di sentenza, che trovo interessantissime perché parlano tutte solo e soltanto proprio del tema in parola, con argomentazioni che possono essere estese ed applicate tranquillamente anche ad altri settori. L'ambito classico di applicazione delle norme sull'ostacolo alla vigilanza è infatti sì quello bancario, e più in generale della finanza, ma in realtà ci sono altri settori in cui il medesimo problema può porsi: qui vediamo appunto quello delle telecomunicazioni, ma un discorso analogo si pone ad esempio in riferimento alle società di calcio professionistiche nei confronti della FIGC, o ancora, pensando per un istante al mio territorio trentino, con riguardo alle società cooperative in rapporto con la Federazione della Cooperazione che le controlla.

Nel caso Tim-Telecom erano contestate sia le false comunicazioni sociali che l'ostacolo alla vigilanza, a conferma del fatto che, come abbiamo sentito dai relatori che mi hanno preceduto, statisticamente spesso vengono contestate entrambe le fattispecie, vuoi a titolo di continuazione, vuoi legate in aggravante dal nesso teleologico. Ri-

1 Trib. Milano, 11 febbraio 2013, n. 1934.

2 GUP Milano, 10 luglio 2012, ord.

cordiamo che il primo comma dell'art. 2638 c.c. contempla un reato di mera condotta, di pericolo concreto e richiede il dolo specifico: la condotta rilevante è l'esposizione dei fatti non veritieri, mentre il perseguimento dello scopo è solo a prova dell'elemento soggettivo. Il secondo comma, punito con dolo generico, è invece reato di danno, ove il realizzarsi dell'ostacolo è l'evento del reato sia nella forma commissiva di fatto in qualsiasi forma, che anche con l'omissione di comunicazioni dovute all'Autorità, nella consapevolezza che da ciò ne sarebbe derivato l'ostacolo.

Atteso tuttavia che le norme contenute nel primo e nel secondo comma hanno medesima sanzione e quindi stessa gravità, alla stregua del precetto dell'art. 16, co. 1, del codice di rito, la competenza spetta al giudice competente per il reato che è stato commesso temporalmente per primo.

I due principi di diritto utilizzati dal GUP di Milano e dal Collegio dibattimentale appaiono simili, pur giungendo a soluzioni opposte: «La condotta di false comunicazioni si perfeziona nel momento e nel luogo in cui le informazioni vengono esposte nelle comunicazioni dirette all'autorità» e «il delitto di ostacolo si consuma invece nel momento e nel luogo in cui si realizza l'attività di intralcio»; tuttavia una differenza sottile c'è, in quanto il GUP parla di «luogo in cui le informazioni vengono comunicate all'Autorità» mentre il Collegio usa la locuzione «luogo in cui le informazioni vengono esposte nelle comunicazioni dirette all'Autorità».

Il GUP, con ordinanza del 10 luglio 2012, ha rigettato le eccezioni individuando la competenza in Milano, in quanto a suo dire, l'attività di manipolazione dei dati e delle informazioni, precedente all'invio delle comunicazioni, è intervenuta nella sede di Milano. Il Tribunale invece la ha accolta, peraltro ben motivando sul concetto di esposizione delle informazioni.

A mio avviso usare il termine «esposizione» può condurre a pensare al momento in cui l'ente inserisce in una comunicazione un dato non veritiero e poi lo inoltra, mentre il Collegio valorizza la concretezza del pericolo nel senso che «il pericolo è concreto quando le informazioni – leggo testualmente – sono fuoriuscite dalla sfera di disponibilità del dichiarante e quindi sono anche fruibili e oggettivamente percepibili dal destinatario».

Proseguendo nella parte motiva, il Tribunale dice che la verifica va fatta volta per volta in base alle circostanze di fatto, però ribadisce che si hanno false informazioni «nel momento in cui le comunicazioni vengono portate a conoscenza o siano conoscibili dall'autorità destinataria» e si spinge persino ad individuare tre momenti tipici sulla base della tipologia di comunicazione. Come prima ipotesi, se questa avviene a mezzo posta ordinaria, *fax*, *e-mail* o, adesso, PEC all'Autorità, la competenza si ha nel luogo in cui l'Autorità riceve materialmente queste comunicazioni. Sappiamo tuttavia – secondo

caso – anche che le autorità di vigilanza fanno delle ispezioni, spesso a sorpresa, direttamente nella sede della società vigilata e se è in quella sede, cioè in quel contesto, che vengono forniti i dati falsi, allora sarà in tale circostanza che l'autorità di settore riceve la comunicazione falsa, ed *ivi* occorre guardare per determinare la competenza. La terza ed ultima ipotesi si verifica infine quando l'autorità di vigilanza invita dei soggetti rappresentanti degli enti controllati presso un ufficio, che può essere anche in luogo diverso dalla sede di una delle due parti, ed in tal caso sarà lì che si radica la competenza.

Sulla base di queste considerazioni il Tribunale di Milano ha ritenuto che il momento in cui l'Autorità garante delle telecomunicazioni ha conosciuto le false informazioni è stato cronologicamente successivo alle operazioni materiali di ostacolo, che sono storicamente precedenti tramite l'impostazione tecnica di un accredito automatico di 0,01 euro sulle sim dei clienti seguito da alterazione artificiosa dei documenti riepilogativi in *excel* da mandare all'Autorità. Ritenendo che, quanto all'ostacolo alla vigilanza di cui al secondo comma dell'art. 2638 c.c., «il luogo in cui l'attività di intralcio è stata posta in essere è il *locus commissi delicti* e non già il luogo dove l'attività di ostacolo è stata ideata o diretta», si è rilevato che le operazioni sono avvenute negli uffici di Tim di Roma, dal quale sono poi partite anche le comunicazioni ad A.G.Com., sempre di Roma. Indiscutibile pertanto la competenza del foro di Roma.

Un *flash*, a questo punto, su una questione di banche (ed in particolare due banche a caso, che… non sono mai state nominate questa sera): la Popolare di Vicenza e Veneto Banca, in ordine a talune vicende processuali, essendo già noti a tutti i rimbalzi di competenza Vicenza-Milano-Vicenza o Treviso-Roma-Treviso.

Per B.P.Vi. la questione di fatto è già chiusa, in quanto la Cassazione ha stabilito nella sentenza n. 15537 pubblicata nell'aprile 2018 che il processo andrà celebrato a Vicenza[3], salvo un possibile colpo di scena in programma la settimana ventura che potrebbe portare la competenza a Trento, ma che personalmente ritengo molto poco probabile.

È interessante notare invece come per Veneto Banca il provvedimento del GUP di Roma[4], che ha già trovato ampio spazio nella stampa nazionale, argomenti in termini esattamente opposti rispetto al citato Collegio dibattimentale di Milano, valorizzando come rilevante già il mero "distacco" della comunicazione da parte della società vigilata e non invece la ricezione della stessa in capo alla pubblica autorità. Siamo tuttavia ancora in fase di udienza preliminare e quindi i giochi sono di fatto completamente aperti. Sulla stampa so-

3 Cass., 7 dicembre 2017, n. 15537.

4 GUP Roma, 26 gennaio 2018, ord.

no apparsi in proposito anche taluni commenti con un linguaggio non propriamente tecnico, dove si dice in sintesi: «Attenti voi di Veneto Banca, perché la Cassazione nella vicenda B.P.Vi. rimette tutte le carte in gioco, per cui non è ancora finita». A parte il linguaggio usato, forse il concetto sotteso non è del tutto sbagliato, perché se leggiamo con attenzione il provvedimento – sono due pagine di sentenza di Cassazione – in tema di competenza ci sono in tutto solo sette righe, che però se "usate" bene possono ancora effettivamente modificare le cose. Io non mi esprimo oltre, però tutte le parti, in questa fase del procedimento, hanno ancora tutta una serie di strumenti a disposizione: il Pubblico Ministero può ancora modificare, integrare o "raddrizzare l'imputazione"; le difese possono sollevare tutte le eccezioni; il Giudice può fare delle questioni sul capo di imputazione. Per cui, comunque vada, ne vedremo delle belle.

e-ISSN 2281-6100

e-ISSN 2281-6100

Ricerche giuridiche
Vol. 7 – Num. 2 – Dicembre 2018

Crisi bancarie, trasparenza ed usura bancaria

Paola Rava
Presidente del Tribunale di Biella

Questa sera desidero parlare brevemente di un ulteriore reato rispetto a quelli evocati finora, anche questo connesso con l'attività bancaria: il reato di usura bancaria. Si tratta di un argomento che ha risvolti sia penalistici sia anche civilistici, tra loro strettamente intersecati, che forse non ha una diretta connessione col tema delle crisi bancarie oggi affrontato più da vicino, ma che riguarda comunque a mio parere, in generale, il tema fondamentale della trasparenza nei rapporti tra le banche e gli utilizzatori del credito e la definizione precisa del costo del credito. Tale costo è ora presidiato – a seguito della rifora portata dalla l. n. 108/1996, dall'art. 644 c.p. e dall'art. 1815, co. 2, c.c.

Il reato di usura bancaria è stato appunto introdotto dalla riforma del 1996, che ha integralmente modificato l'art. 644 c.p. Come di recente osservato in dottrina (cfr. M.B. Magro, *Riflessioni penalistiche in tema di usura bancaria*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, n. 3, p. 49 ss.), la l. n. 108/1996 ha segnato un'evoluzione del delitto di usura, marcando un distacco rispetto all'originaria figura: accanto all'usura criminale, nasce la c.d. usura bancaria, cioè l'usura praticata da soggetti qualificati sotto il profilo professionale ed istituzionale, che operano di per sé in un contesto lecito; ciò in conseguenza dell'introduzione all'art. 644, co. 5, n. 1, c.p. di una specifica aggravante, con un aumento di pena per chi ha agito nell'esercizio di una attività professionale, bancaria o di intermediazione finanziaria mobiliare.

Mentre prima l'accertamento dell'usurarietà dell'interesse pattuito era rimessa alla discrezionalità del giudice, inoltre, attualmen-

Edizioni Ca'Foscari

Open access

© 2018 | Creative Commons Attribution 4.0 International Public License

Citation Rava, Paola (2018). "Crisi bancarie, trasparenza ed usura bancaria". *Ricerche giuridiche*, 7(2), 195-198.

DOI 10.30687/Rg/2281-6100/2018/02/011

te questo accertamento è legato ad un criterio oggettivo, cioè al superamento del tasso soglia individuato secondo le modalità stabilite dall'art. 2 della citata l. n. 108/1996 (e cioè al superamento della metà – oggi un quarto, ma con un margine di ulteriori quattro punti percentuali – del tasso effettivo globale medio, praticato nel trimestre precedente, rilevato dalla Banca d'Italia e pubblicato con decreto del Ministro del Tesoro).

Oltre a tale ipotesi di usura, che viene definita presunta, vi è anche un ulteriore criterio, sempre previsto dalla norma, di tipo soggettivo e residuale, in base al quale sono qualificabili come usurari gli interessi, anche se inferiori ai limiti legali, che però, avuto riguardo alle concrete modalità del fatto ed al tasso medio praticato per operazioni similari, risultano sproporzionati, quando chi li ha dati o promessi si trova in condizioni di difficoltà economica o finanziaria. Si parla in questo caso di c.d. "usura in concreto".

Ciò premesso brevemente, nell'ambito di tutte le questioni che si sono poste nel corso del tempo in questa materia – che si rivela particolarmente difficoltosa ed in cui si intersecano tematiche civilistiche e penalistiche –in materia penale si può soprattutto considerare in chiave critica la questione inerente all'integrazione della norma penale in bianco ed al rispetto del principio di legalità, tutti aspetti che sono stati oggetto di approfondimenti e di critiche da parte degli operatori e della dottrina che si sono espressi in questa materia (cfr. da ultimo C. De Lazzaro, *Crisi della riserva di legge e giurisprudenza normativa: brevi riflessioni su algoritmo di calcolo e commissioni di massimo scoperto nell'usura bancaria*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, n. 5, p. 17 ss.).

Al riguardo io vorrei soffermarmi sulla questione centrale, che concerne i meccanismi di calcolo del tasso di interesse, perché questo meccanismo di calcolo dovrebbe essere semplice in quanto ancorato ad un criterio oggettivo, mentre in realtà non è così, essendo stato oggetto di tutta una serie di pronunce giurisprudenziali che hanno creato una serie di incertezze in conseguenza di decisioni contrastanti.

Su questo argomento vorrei segnalare in particolare l'evoluzione giurisprudenziale che si è verificata in materia di computo della commissione di massimo scoperto ai fini della valutazione del tasso soglia, situazione appunto emblematica in quanto sulla questione si sono pronunciate diverse sentenze della Cassazione, in contrasto tra di loro. Ultimamente però la giurisprudenza è giunta ad un approdo significativo, con la pronuncia che ha messo un punto fermo – pare, almeno per il momento – a questa questione: si tratta della sentenza Cass., SS.UU. civili, 27 febbraio 2018, n. 11181. Certo è una decisione delle Sezioni Unite civili, ma nell'ambito di una materia che incide direttamente anche sugli aspetti penali, perché la determinazione del tasso soglia e del suo superamento è proprio un elemento costitutivo del reato.

La sentenza in questione è stata emessa a seguito di rimessione alle Sezioni Unite con ordinanza Cass. 3 gennaio 2017, n. 2284, su di un contrasto esistente tra la prima sezione civile e la seconda sezione penale in merito alla portata della norma di cui all'art. 2-*bis* del d.l. n. 185/2008, inserita dalla legge di conversione n. 2/2009, che ha enunciato il principio della considerazione della commissione di massimo scoperto nel calcolo del tasso soglia, per i rapporti svoltisi nel periodo anteriore alla sua entrata in vigore.

Su questo tema si erano pronunciate in modo differente alcune sentenze della prima sezione civile (Cass. 20 giugno 2017, n. 15188; 22 giugno 2016, n. 12695; 3 novembre 2016, n. 22270), le quali avevano affermato la natura innovativa della disposizione e quindi la sua applicabilità soltanto ai rapporti insorti successivamente all'entrata in vigore della legge n. 2/2009, ed alcune pronunce della seconda sezione penale (Cass. 19 febbraio 2010, n. 12028; 14 maggio 2010 n. 28473 e soprattutto 23 novembre 2011 n. 46669, che è una sentenza importante nella materia di cui stiamo parlando perché ha ripercorso un po' tutti i principi che regolano queste tematiche), le quali avevano invece affermato la natura meramente interpretativa della norma e quindi la sua applicabilità anche ai rapporti insorti antecedentemente.

Orbene, la Corte di Cassazione, con la citata sentenza delle Sezioni Unite civili, ha mediato tra le due posizioni, affermando che la commissione di massimo scoperto deve essere considerata nella determinazione del tasso soglia ai fini della configurazione del reato di usura anche per i rapporti insorti antecedentemente all'entrata in vigore della legge n. 2/2009, però mediante un calcolo particolare in applicazione del c.d. "principio del margine", un calcolo abbastanza complesso, che comunque dovrebbe avere messo un punto fermo a questa vicenda, affermando il seguente principio di diritto:

*«Con riferimento ai rapporti svoltisi, in tutto o in parte, nel periodo anteriore all'entrata in vigore delle disposizioni di cui all'art. 2-*bis *d.l. n. 185 del 2008, inserito dalla legge di conversione n. 2 del 2009, ai fini della verifica del superamento del tasso soglia dell'usura presunta come determinato in base alle disposizioni della legge n. 108 del 1996, va effettuata la separata comparazione del tasso effettivo globale d'interesse praticato in concreto e della commissione di massimo scoperto (CMS) eventualmente applicata – intesa quale commissione calcolata in misura percentuale sullo scoperto massimo verificatosi nel periodo di riferimento – rispettivamente con il tasso soglia e con la "CMS soglia", calcolata aumentando della metà la percentuale della CMS media indicata nei decreti ministeriali emanati ai sensi dell'art. 2, comma 1, della predetta legge n. 108, compensandosi, poi, l'importo della eventuale eccedenza della CMS in concreto praticata, rispetto a quello della CMS rientrante nella soglia, con il "margine" degli interessi eventualmente residuo, pari alla differenza tra l'importo degli*

stessi rientrante nella soglia di legge e quello degli interessi in concreto praticati».

Ho citato questo esempio, che si riferisce ad una delle tematiche più importanti e che dà conto di tutte le difficoltà che si sono poste anche ai fini della certezza del diritto in questa materia, in cui si sono succedute numerose pronunce giurisprudenziali, circolari e istruzioni della Banca d'Italia, in un contesto normativo complesso, che sicuramente ha influito sulle decisioni della giurisprudenza penale circa la sussistenza o meno del reato, decisioni che sono arrivate più o meno tutte alla stessa conclusione in punto assenza di dolo in capo agli amministratori delle banche imputati, per quanto riguarda strettamente l'integrazione del reato di usura. Sul punto richiamo in particolare la già citata sentenza Cass. pen. 23 novembre 2011 n. 46669, che ripercorre con un'ampia motivazione tutte le tematiche penalistiche su questo argomento.

Detto questo, mi preme segnalare ancora questa particolarità: allo stato attuale del dato normativo, il reato di usura non è previsto quale reato presupposto dalla legge sulla responsabilità degli enti, d.lgs. n. 231/2001, ma questa conclusione non è più certa dopo l'introduzione, a partire dal 1° gennaio 2015, del reato di autoriciclaggio, di cui all'art. 648-*ter*.1 c.p., norma che è stata inserita nell'ambito del d.lgs. n. 231/2007 senza alcuna specificazione in ordine ai reati che ne determinano l'applicazione. Poiché la norma sull'autoriciclaggio punisce colui che avendo commesso un qualsiasi delitto non colposo reimmette i proventi di tale reato nel circuito economico ostacolando accertamenti sulla loro provenienza, quindi senza specificazione della natura del delitto presupposto, qualcuno si è posto il problema se attraverso questa via, di fronte ad esempio ad un caso di (presunta) usura in un contratto di mutuo, i cui proventi fossero reimpiegati dall'istituto bancario, si possa ipotizzare l'incriminazione della persona fisica per usura e autoriciclaggio e dell'ente per l'applicazione delle sanzioni previste dal d.lgs. n. 231/2001. Naturalmente anche in queste situazioni le predette considerazioni si scontrano con i principi cardine in materia penale, di tassatività e legalità, ed in particolare con il principio per cui la responsabilità dell'ente è vincolata all'indicazione tassativa dei reati da cui essa deriva, principio chiarissimo nella l. n. 231/2001 e caposaldo del diritto penale.

Un altro tema interessante è quello prima sollevato dall'Avv. Ravagnan circa la possibilità di configurare in astratto il reato di usura anche in relazione a quelle ipotesi di finanziamenti c.d. baciati delle banche, di cui abbiamo parlato, ossia quelle concessioni di credito che sono state accordate dalle banche come legate alla sottoscrizione o all'acquisto delle azioni delle banche stesse. È un tema sicuramente molto interessante, su cui si può discutere e che merita un approfondimento. Magari in una prossima occasione.

e-ISSN 2281-6100

Ricerche giuridiche
Vol. 7 – Num. 2 – Dicembre 2018

Brevi note sulla disciplina delle crisi bancarie in Giappone

Masaki Sakuramoto
Professore ordinario di Diritto fallimentare nell'Università Toyo di Tokyo, Giappone

Buonasera a tutti, sono molto contento e onorato di aver l'occasione di prendere la parola in questo convegno. Il mio ambito di ricerca è il diritto fallimentare e vorrei portarvi l'esperienza giuridica del mio Paese, il Giappone, in materia di crisi bancarie. In particolare, vorrei parlare sommariamente di due cose. La prima è quale legge si applica in Giappone quando le banche si trovano in stato di crisi o di insolvenza. La seconda riguarda invece tre casi decisi dalla Corte Suprema del Giappone in tema di responsabilità penale degli amministratori di una banca entrata in stato di crisi o di insolvenza. Poiché io non mi occupo di diritto penale, mi limiterò a parlare delle conclusioni cui la Corte Suprema del Giappone è approdata in questi casi.

In Giappone, a differenza dell'Italia, sono soggetti alla comune legge fallimentare (破産法) anche tutti gli istituti finanziari, come le banche, le casse di credito, le casse cooperative di risparmio, nonché le imprese di assicurazioni e le società di intermediazione mobiliare, ecc. Prima dello scoppio della bolla economica si pensava che alle banche che si fossero trovate in stato di crisi o di insolvenza si sarebbero potute applicate senza troppa preoccupazione le procedure concorsuali secondo la legge fallimentare, la legge sulla ristrutturazione di impresa (会社更生法), ecc., perché dalla fine della seconda guerra mondiale fino ad allora nessuna banca nazionale era stata dichiarata fallita. Dopo lo scoppio della bolla economica, però, si è fatta fortemente sentire la necessità di una legge speciale e di una revisione delle normative in vigore per le istituzioni finanziarie in stato di crisi o di insolvenza. Tale legge è stata approvata ed è denominata «*Leg-*

Edizioni Ca'Foscari

Open access
© 2018 | Creative Commons Attribution 4.0 International Public License

Citation Sakuramoto, Masaki (2018). "Brevi note sulla disciplina delle crisi bancarie in Giappone". *Ricerche giuridiche*, 7(2), 199-202.

DOI 10.30687/Rg/2281-6100/2018/02/012

ge sulle misure speciali in merito alle procedure di ristrutturazione degli istituti finanziari» (金融機関等の更生手続の特例等に関する法律). Questa legge fu approvata come uno degli interventi necessari per ovviare alla situazione precedente e d'ora in poi la chiamerò "Legge Speciale". Pertanto le procedure di crisi delle banche giapponesi sono oggi regolate dalla "Legge Speciale" e dalla Legge fallimentare.

Parlando in termini generali, si può dire che la Legge fallimentare giapponese non è tanto differente da quella italiana. Inoltre, secondo la Legge bancaria (銀行法), la banca deve essere una società per azioni, quindi una banca è soggetta non solo alla Legge fallimentare, ma anche alla Legge sulla riabilitazione civile (民事再生法) e alla Legge sulla ristrutturazione di impresa. In Italia per riabilitazione civile si intende una procedura che riguarda lo statuto personale del fallito, ma in Giappone questo istituto riguarda le procedure concorsuali.

Vorrei citare due aspetti caratteristici di questa "Legge Speciale" rispetto alle leggi generali sulle procedure concorsuali come la Legge fallimentare, la Legge sulla riabilitazione civile e la Legge sulla ristrutturazione di impresa.

La prima è che il Primo Ministro, in quanto autorità competente, ha la facoltà di disporre l'avvio del fallimento e delle altre procedure concorsuali riguardanti la banca in stato di crisi o di insolvenza. La ragione di questo è da attribuirsi al fatto che per i singoli depositanti è difficile comprendere la situazione finanziaria di una banca, tanto che non ci si può aspettare che siano loro a dare avvio ad una procedura concorsuale al momento opportuno. Così il potere di proporre l'avvio del procedimento è stato dato all'autorità che possiede le informazioni riguardo allo stato finanziario delle banche e che grazie alle sue competenze tecniche può valutare l'opportunità di proporlo.

La seconda è che la Società Giapponese per l'Assicurazione dei Depositi (預金保険機構), una persona giuridica speciale che ha come obiettivo principale la tutela dei depositanti bancari e il controllo degli istituti finanziari, quale l'assistenza finanziaria di istituti in stato di crisi o di insolvenza, può esercitare i diritti dei depositanti bancari in loro nome e può, per esempio, proporre una domanda di ammissione al passivo. Questo perché in Giappone in media ci sono sei milioni di depositanti bancari per singola banca, cosicché se partecipassero alla procedura tutti insieme non sarebbe possibile seguire la procedura concorsuale ordinaria.

Secondo i dati della Società Giapponese per l'Assicurazione dei Depositi, a marzo 2017 l'assistenza finanziaria per gli istituti finanziari ha raggiunto 128 casi, da Toho Sogobank (東邦相互銀行) a Incubator Bank of Japan (日本振興銀行). Tra questi c'erano venti banche ordinarie.

Ora vorrei passare all'argomento della responsabilità penale degli amministratori di una banca entrata in stato di crisi o di insolvenza. Non ci sono disposizioni che dichiarino gli amministratori responsa-

bili penalmente per aver causato lo stato di crisi o di insolvenza delle banche. L'unico modo per perseguire penalmente gli amministratori di una banca per avere causato tale situazione è riferirsi ad articoli di leggi di carattere più generale, per esempio del codice penale, del codice di commercio, ecc.

In quest'ambito può essere interessante riferire di tre importanti decisioni. La prima riguarda il caso della responsabilità degli amministratori della Takushoku Bank di Hokkaido (北海道拓殖銀行), una delle tredici banche più grandi del Giappone nel momento in cui; le altre due riguardano invece la responsabilità degli amministratori della Nippon Credit Bank (日本債券信用銀行) e della Long-term Credit Bank of Japan (日本長期信用銀行), che erano collegate al Governo (banche semipubbliche). Ora queste tre banche non esistono più. Siccome la logica delle sentenze è simile nei casi delle due banche semipubbliche, descriverò brevemente la responsabilità degli amministratori di Takushoku Bank di Hokkaido e della Long-Term Credit Bank of Japan.

Nel caso della Long-Term Credit Bank of Japan, un amministratore delegato e presidente A, e due vice presidenti B e C, erano stati accusati per il reato di invio di documenti contenenti informazioni false sulla contabilizzazione di strumenti finanziari, disciplinato dalla legge sul commercio dei titoli, e per il reato di dividendi illegali, previsto dal codice di commercio. Il Tribunale di Tokyo in prima istanza, il 10 settembre 2002, riconobbe tutti i fatti costitutivi delle imputazioni. A fu condannato a tre anni di reclusione con quattro anni di sospensione, B e C furono condannati a tre anni di reclusione con due anni di sospensione. La Corte di Appello di Tokyo, il 21 giugno 2005, confermò la decisione di primo grado. Tuttavia la Corte Suprema, il 18 luglio 2008, ha pronunciato una decisione di non colpevolezza per tutti gli imputati, con le seguenti motivazioni: «*Siccome non era evidente se fosse stato necessario osservare rigorosamente i nuovi standard di bilancio basati sulla stima di valutazione del patrimonio secondo la circolare dell'allora Ministero del Tesoro, dal momento che la valutazione del patrimonio in merito ai prestiti è stata fatta secondo la corretta prassi contabile, non si può dire che questo atto costituisca di per sé una evidente violazione di legge*».

La seconda decisione è il caso della Takushoku Bank di Hokkaido. Qui l'amministratore delegato A al tempo del prestito, l'amministratore delegato B in quanto predecessore di A, e l'amministratore delegato della compagnia C che aveva chiesto il prestito a tale banca erano stati rinviati a giudizio per un reato previsto dal codice di commercio del tempo: il reato di «*abuso di fiducia aggravato*». L'ordinamento penale italiano non contempla un reato corrispondente all'abuso di fiducia aggravato, ma ci sono due reati simili a questo: uno è l'appropriazione indebita, un altro è la truffa, entrambi disciplinati dal codice penale. Il punto del contendere era se un prestito

a una società, che era sostanzialmente fallita, potesse essere considerato come erogato «*per il fine di perseguire benefici per se stesso o per terzi*» come richiesto per la configurabilità del reato di abuso di fiducia aggravato. Il Tribunale di Hokkaido, il 27 febbraio 2003, ha dichiarato non colpevoli gli imputati. Tuttavia la Corte di Appello di Hokkaido, il 31 agosto 2006, ha dichiarato i tre imputati colpevoli dicendo che «*poiché il Presidente ha continuato a concedere prestiti sostanzialmente senza garanzia, si può affermare che il suo giudizio divergeva dalla natura pubblica e dal principio di sicurezza nei prestiti e che "il fine di perseguire un beneficio per se stesso" del reato di abuso di fiducia aggravato era desumibile dall'intento di evitare la perdita del suo* status *e la sua credibilità e il proseguimento della responsabilità civile e penale contro egli stesso a causa dei sconsiderati prestiti fatti dalla banca e le violazioni della legge sui terreni agricoli*». La Corte di Appello di Hokkaido ha capovolto la decisione della Corte inferiore. A e B sono stati condannati a due anni e sei mesi di reclusione, C a un anno e sei mesi. La Corte Suprema, il 9 novembre 2009, ha confermato questa decisione.

Come ho spiegato in precedenza, c'erano venti banche ordinarie che hanno ricevuto assistenza finanziaria. Tra queste, le responsabilità penali degli amministratori delle dodici banche sono sconosciute. Ci sono sei casi di abuso di fiducia aggravato in violazione del codice di commercio, uno di dividendo illecito in violazione del codice di commercio, uno di rendicontazione fraudolenta in violazione della legge sul commercio di titoli ed uno di falsa dichiarazione in rapporto di stato finanziamento anche in violazione della legge sul commercio di titoli. Siccome multipli reati sono coinvolti in un caso singolo, si deve notare che il numero di reati supera il numero di venti.

e-ISSN 2281-6100

Quaderni semestrali
del Progetto Dottorale di Alta Formazione in Scienze Giuridiche e del Centro Studi Giuridici del Dipartimento di Economia dell'Università Ca' Foscari Venezia

Università
Ca'Foscari
Venezia